

O Direito Administrativo Privado – contributos para a compreensão do direito *suis generis*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Direito, realizada sob a orientação científica do Doutor João Salvador Velez Pacheco de Amorim, Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

Julho de 2013

*Necessitamos sempre de ambicionar alguma coisa
que, alcançada, não nos torne sem ambição*

Carlos Drummond de Andrade (1902-1987)

Aos meus pais
À Tia Chica
À Jorgina

AGRADECIMENTOS

Dirijo o meu primeiro agradecimento ao Professor Doutor João Pacheco de Amorim, meu orientador e meu patrono. Agradeço a bondade dos seus ensinamentos e correcções, a disponibilidade que sempre demonstrou para acompanhar este trabalho e a permissão para me ausentar do escritório para efeitos da elaboração da presente tese de mestrado.

Quero também expressar o meu sincero agradecimento ao Dr. Rui Mesquita Guimarães, ao Dr. Hugo Flores e à Dra. Liceth Santos dos Santos pela ajuda prestada na revisão deste texto e pelos sábios conselhos que me dirigiram, os quais contribuíram, em muito, para o aperfeiçoamento do presente trabalho.

À Dra. Irene Pinto agradeço a gentileza prestada na tradução do resumo.

Agradeço a todos os amigos que me apoiaram e motivaram, ao longo de todo o período de estudo, reflexão e muitas preocupações, em especial à Christine Martins, à Liceth Santos dos Santos, ao André Lopes da Silva e ao João Eduardo Branco. De entre este, destaco a Jorgina Monteiro, companheira de luta, pelos intermináveis telefonemas, pelos dias passados na biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e pela inesquecível semana passada na Biblioteca Universitária de Santiago de Compostela.

Por fim, agradeço aos meus pais, pela paciência, pelo carinho, pela força e pelo apoio incondicionais.

RESUMO

O Direito Administrativo Privado constitui ainda um direito *suis generis*, na medida em que não tem sido objecto de grande atenção por parte da doutrina, porquanto os seus contornos não se encontram perfeitamente definidos.

Por conseguinte, o seu enquadramento jurídico e a delimitação dos termos da sua aplicação são, não raras vezes, explicados de forma confusa e pouco desenvolvida, sobretudo a propósito do estudo de outras matérias como a privatização. Acresce que o carácter *suis generis* do Direito Administrativo Privado e a estranheza que o mesmo acarreta se devem à particular conjugação entre o Direito Público Administrativo e o Direito Privado que o mesmo pressupõe.

Neste contexto, moveu-nos o intuito de melhor compreender o Direito Administrativo Privado. Ao longo dos cinco capítulos desta tese, esforçamos por delinear um conceito de Direito Administrativo Privado. Para o efeito, projectámos os *âmbitos subjectivo, objectivo, material e processual* daquele conceito, através dos quais definimos, respectivamente, o conjunto de sujeitos passivos do Direito Administrativo Privado, as tarefas administrativas sobre que incide, os princípios e normas que o preenchem e ainda a jurisdição competente para apreciar e julgar litígios emergentes de relações jurídicas encetadas ao abrigo deste direito.

ABSTRACT

The Private Administrative Law is still a *suis generis* Law branch, considering that it has not been the subject of great attention by the doctrine, since its borders are not clearly defined.

Therefore, its legal framework and the definition of the terms of its appliance are often explained in a confusing and undeveloped manner, especially concerning the study of other subjects such as privatization. In addition, the *suis generis* feature of Private Administrative Law and the strangeness that it entails are due to the particular conjugation that it presupposes between Public Administrative Law and Private Law.

In this context, our goal is a better understanding of the Private Administrative Law. Along the five chapters of this thesis, efforts were made in order to outline a concept of

Private Administrative Law. For such purpose, we designed the *subjective, objective, material and procedural scope* of that concept, through which we define, respectively, the subjects of Private Administrative Law, the administrative tasks on which it focuses, its principles and rules and even the competent jurisdiction to appreciate and judge disputes arising from legal relations occurred under this law.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo Privado; Privatização.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	8
INTRODUÇÃO	9
1. Apresentação do tema	9
2. O Direito Administrativo Privado: enquadramento conceptual	9
2.1. Brevíssima nota histórica.....	9
2.2. Direito Administrativo Privado ou Direito Privado Administrativo?.....	11
2.3. Abordagem preliminar e plano de estudo	13
CAPÍTULO I - Âmbito Subjectivo	15
1. Preliminares	15
2. Princípio da liberdade de eleição do Direito Público e do Direito Privado	17
3. Conceito e principais categorias de privatização	20
a) Privatização do direito aplicável.....	21
b) Privatização formal	23
c) Privatização da gestão ou exploração de uma função administrativa.....	26
4. Entidades sujeitas à aplicação do DAP	27
4.1 Delimitação pela positiva.....	27
4.2 Delimitação pela negativa.....	29
4.3 Síntese conclusiva.....	30
CAPÍTULO II - Âmbito Objectivo	32
1. Preliminares	32
2. Perspectiva comparada	33
a) Doutrina alemã	33
b) Doutrina espanhola	34
c) Doutrina portuguesa	36
3. Apreciação e posição adoptada.....	39

CAPÍTULO III - Âmbito Material	44
1. Preliminares	44
2. Vinculação aos Direitos Fundamentais.....	46
3. Vinculação aos princípios gerais da actividade administrativa	50
4. Vinculação ao princípio da constitucionalidade	52
CAPÍTULO IV - Âmbito Processual	54
1. Preliminares	54
2. Qualificação da relação jurídica	54
3. Determinação da jurisdição competente	57
a) O expediente das questões prejudiciais, previsto no artigo 97.º do CPC.....	59
b) O carácter meramente exemplificativo do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF	61
c) A via média: a natureza administrativa prevalecente do litígio	62
d) A solução <i>de iure constituendo</i> : competência dos Tribunais Administrativos	63
e) A solução <i>de iure constituto</i> : competência dos Tribunais Judiciais	64
4. Competência atribuída aos Tribunais Administrativos no domínio das acções de responsabilidade civil extracontratual (por actos e omissões praticados pelas pessoas colectivas públicas sujeitas ao Direito Privado) e da Intimação para prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões.....	65
4.1 As acções de responsabilidade civil extracontratual	65
4.2 A intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões: análise da jurisprudência mais recente dos Tribunais Administrativos.....	70
CAPÍTULO V – Teoria e Prática.....	79
1. Direito Administrativo Privado – <i>o conceito</i>	79
2. <i>Exercício prático</i> - análise do Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do STA de 20.05.2010 (Proc. n.º 01113/09).....	80
CONCLUSÕES.....	86
BIBLIOGRAFIA.....	88

ABREVIATURAS

APSS, S.A. – Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra, S.A.

CADA – Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos

CC – Código Civil

CCP – Código dos Contratos Públicos

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CPC – Código de Processo Civil

CPTA – Código do Processo nos Tribunais Administrativos

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

DAP – Direito Administrativo Privado

DJAP – Dicionário Jurídico da Administração Pública

ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais

ISCTE – Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa

LADA – Lei de Acesso aos Documentos Administrativos

RJSEEEP – Regime Jurídico do Sector Empresarial do Estado e das Empresas públicas

SA – Sociedade Anónima

SGPS – Sociedade Gestora de Participações Sociais

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TCAN – Tribunal Central Administrativo do Norte

TCAS – Tribunal Central Administrativo do Sul

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

INTRODUÇÃO¹

1. Apresentação do tema

O tema que nos propusemos estudar para efeitos de elaboração da presente dissertação de Mestrado consiste, como indica o título da mesma, em abordar o conceito de Direito Administrativo Privado, na tentativa de lhe conferir um enquadramento e uma sistematização que permitam compreendê-lo melhor.

Embora lhe seja feita alusão, de forma pontual, pela doutrina e até pela jurisprudência portuguesas, a verdade é que o Direito Administrativo Privado ainda não foi objecto, no espectro nacional, de um estudo científico autónomo, sendo correntemente mencionado em obras dedicadas ao fenómeno da privatização e/ou às suas repercussões ao nível da configuração da Administração Pública e ao exercício privado de funções administrativas.

Por conseguinte, neste estudo, centrámos a nossa atenção na figura do Direito Administrativo Privado, sem dúvida – ainda – um direito *suis generis* que se move entre os quadros do Direito Público Administrativo e do Direito Privado.

Não obstante o carácter *suis generis* deste direito, esforçamo-nos por delimitar, da forma mais precisa que conseguimos alcançar, os seus contornos, desejando ter contribuído, ainda que de forma modesta, para a construção de uma dogmática do Direito Administrativo Privado.

No intuito de nos aproximarmos de tal objectivo, procurámos esclarecer os motivos que reclamam a presença do Direito Administrativo Privado e os termos da sua aplicação, sem esquecer as implicações processuais que acarreta.

2. O Direito Administrativo Privado: enquadramento conceptual

2.1. Brevíssima nota histórica

O Direito Administrativo Privado tem sido objecto de uma modesta atenção por parte da doutrina portuguesa², ainda que a primeira abordagem do assunto, do ponto de vista temporal, remonte a meados do século passado.

¹ Por opção da Autora, o presente texto não está redigido em conformidade com o novo acordo ortográfico.

Começando, assim, por uma breve nota histórica, a autonomização do conceito de “Direito Privado Administrativo” tem vindo a ser atribuída a dois teóricos que, embora com pontos de partida diferentes, alcançaram um desfecho semelhante. Referimo-nos a H. J. WOLFF e WOLFGANG SIEBERT: o primeiro fazia enquadrar naquele conceito toda a actividade desenvolvida pela Administração Pública sob forma jurídico-privada, mas tendo em vista a prossecução imediata de fins públicos³; o segundo assinalou o efeito de distorção que o interesse público necessariamente incutia nas relações jurídico-privadas em que a Administração participava. Ambos os Autores desaguaram, na sequência dos seus raciocínios, no conceito de “Direito Privado Administrativo” como forma de traduzir a existência de um corpo de normas que a Administração não poderia preterir, mesmo actuando ao abrigo do Direito Privado⁴.

Na verdade, a construção da figura jurídica do “Direito Privado Administrativo” surgiu a propósito da chamada revolução da “teoria do fisco”, na Alemanha. Na era pré-constitucional, reinava a tese da dupla personalidade jurídica do Estado⁵: de um lado, o Estado soberano e, do outro, o *Fisco* não soberano. Este correspondia a uma entidade jurídica com capacidade de Direito Privado, que estabelecia relações jurídicas de carácter patrimonial com os súbditos. O *Fisco* comportava-se, assim, como um mero particular que goza de autonomia privada e se relaciona com os demais particulares, podendo por estes ser

² No contexto do Direito Português, a temática foi inicialmente abordada por Rogério Soares (cfr. ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Direito Administrativo, Lições proferidas ao Curso de Direito da Universidade Católica do Porto*, s.d., hoje objecto de publicação em livro pela Associação Académica da Universidade Lusíada, Porto, 1992, pp. 57-58; *Idem*, “Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva” in BFDC, Vol. LVII, Coimbra, 1981, p. 177) e Sérvulo Correia (cfr. SÉRVULO CORREIA, “Os contratos económicos perante a Constituição”, in *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa, 1986, pp. 103 e 104, *Idem*, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987, pp. 388-391, nota 99, e 503). Entre os estudos mais recentes sobre a matéria contam-se os de Maria João Estorninho (cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga para o Direito Privado, Contributo para o estudo da actividade de Direito Privado da Administração Pública*, Almedina, 2.ª reimpressão, Lisboa, 2009, pp. 120 e ss.), Paulo Otero (cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública, O sentido da vinculação administrativa à jurisdição*, 2.ª Reimpressão da edição de Maio/2003, Almedina, 2011, pp. 304 e ss.) e Pedro Gonçalves (cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos, O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, reimpressão da edição de Outubro/2005, Almedina, 2008).

³ Aproveitamos, desde já, para esclarecer a noção de “fins públicos” aderindo ao conceito de Vieira de Andrade, nos termos do qual os fins públicos correspondem à necessidade directa de “satisfação daquelas necessidades colectivas que sejam qualificadas como *interesses públicos* por referência ao entendimento, em cada época, do que é indispensável ou adequado à realização das *finalidades últimas da comunidade política*”. Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 2.ª Ed., IUC, Coimbra, 2011, pp. 10-11.

⁴ Autores citados por VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 283-284 e MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga...*, *ob. cit.*, pp. 121 a 125.

⁵ Cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA / TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Decimoquinta Edición, Civitas, 2011, pp. 385-386; SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo Privado*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1996, p. 96; ANTONIO TRONCOSO REIGADA, *Privatización, Empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997, p. 196.

judicialmente demandado para fazerem valer os seus direitos. No século XIX, com a imposição do princípio da legalidade, o *Fisco* passou a representar uma faceta do Estado enquanto proprietário de um património⁶.

Ora, a teorização do “Direito Privado Administrativo”, embora não veja obstáculos à prossecução do interesse público através do Direito Privado, veio impor ao *Fisco* a subordinação a diversas vinculações jurídico-públicas, cuja observância não lhe era exigida inicialmente⁷.

Estas são as ideias estão na base do actual entendimento do Direito Administrativo Privado, como veremos ao longo da presente tese.

2.2. Direito Administrativo Privado ou Direito Privado Administrativo?

Nos escritos da doutrina portuguesa, fomo-nos deparando ora com a designação de “Direito Administrativo Privado”⁸, ora com a denominação de “Direito Privado Administrativo”⁹. Serão ambos os conceitos perfeitamente coincidentes e, portanto, de utilização indistinta? Ou, pelo contrário, representam realidades distintas?

Na verdade, quer uma (Direito Administrativo Privado), quer outra (Direito Privado Administrativo), se apresentam como designações que, à primeira vista, encerram em si uma contradição nos termos, na medida em que sendo o Direito Administrativo um dos ramos do Direito Público não é Direito Privado e vice-versa¹⁰. Ensaando sentidos possíveis de uma e

⁶ Cfr. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, ob. cit., pp. 388-390, nota 99; SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho...*, ob. cit., pp. 96-97; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga...*, ob. cit., pp. 24-25 e 32-34.

⁷ Cfr. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, ob. cit., pp. 388-390, nota 99.

⁸ Preferem esta designação Rogério Ehrhardt Soares, José Carlos Vieira de Andrade, Santiago González-Varas Ibáñez e Luís Cabral de Moncada. Cfr. ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, “Princípio da...”, ob. cit., p. 177; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, ob. cit., p. 70; SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho...*, ob. cit., pp. 103 e 150; LUÍS CABRAL DE MONCADA, *A relação jurídica administrativa: para um novo paradigma de compreensão da actividade, da organização e do contencioso administrativo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 94.

⁹ Optam por esta designação Freitas do Amaral, Vital Moreira, Maria João Estorninho, Pedro Gonçalves e Antonio Troncoso Reigada. Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, reimpressão da 3.^a Ed., Almedina, Lisboa, 2012, p. 154; VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, ob. cit., p. 283; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga...*, ob. cit., p. 121; PEDRO GONÇALVES, “Entidades privadas com poderes administrativos” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, Julho/Agosto 2006, p. 54; *Idem*, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, ob. cit., pp. 291-292; ANTONIO TRONCOSO REIGADA, *Privatización...*, ob. cit., p. 154. Sérvulo Correia utiliza a variante “Direito Privado da Administração” e Paulo Otero emprega a designação de “Direito Privado Administrativizado (ou publicizado)”. Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, ob. cit., pp. 389, nota 99 e 503; PAULO OTERO, *Legalidade...*, ob. cit., p. 802.

¹⁰ Neste estudo, vamos abstrair-nos de quaisquer considerações sobre a problemática das fronteiras entre Direito Público e Direito Privado, bem como do estado actual da doutrina sobre a mencionada *summa divisio*. Cfr.

de outra, a denominação “Direito Administrativo Privado” parece traduzir a ideia do Direito Administrativo aplicável a entidades que, exercendo funções administrativas, pautam a sua actividade pelo Direito Privado. Esta ordenação dos termos coloca o acento tónico no Direito Administrativo, que aparece como direito conformador de um outro direito, o Direito Privado.

Por seu turno, o “Direito Privado Administrativo” acaba por traduzir o mesmo propósito, mas de outra perspectiva, reportando-se ao Direito Privado que, enquanto direito regulador de uma determinada entidade que exerce funções administrativas, é conformado ou até afastado em determinadas circunstâncias, em virtude da necessária aplicação de preceitos e vinculações de Direito Administrativo¹¹. Neste caso, o acento tónico é colocado no Direito Privado, aparecendo o Direito Administrativo num segundo plano, como direito de aplicação excepcional ou extraordinária.

No Direito Administrativo Português – de matriz francesa¹² –, o “Direito Administrativo Privado” é a expressão mais adequada à perspectiva que pretendemos explorar nesta tese, sempre com o enfoque no Direito Administrativo. Ao contrário do que sucede no Direito Alemão, a problemática do Direito Administrativo Privado surge, em Portugal, em virtude do fenómeno da proliferação das privatizações (formais, do direito aplicável, da execução de tarefas administrativas, etc.) no seio da Administração Pública e como forma de mediar a aplicação, por vezes conflituante, entre o Direito Privado e o Direito Administrativo.

No nosso entendimento e não obstante aplicar-se a sujeitos cuja actividade (exercício de funções administrativas) é regulada, a título principal, pelo Direito Privado, a temática em análise pertence ao terreno do Direito Administrativo e, nessa medida, adoptaremos, de ora em diante, esta última designação¹³ (utilizando, para facilitar, a sigla DAP).

MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga...*, ob. cit., pp. 139 e ss; PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, ob. cit., pp. 228 e ss.

¹¹ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga...*, ob. cit., pp. 121 a 132.

¹² Sobre os caracteres do sistema administrativo português de tipo francês, ver MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, *Introdução, Organização Administrativa, Actos e Contratos Administrativos*, 10.^a Ed., 2.^a Reimp., Almedina, Coimbra, 1982, pp. 27-41.

¹³ Não perfilhamos, assim, o entendimento de Freitas do Amaral quando se refere ao *Direito Privado Administrativo* como um “ramo do Direito Privado privativo da Administração Pública”. Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I., ob. cit., p. 185. O Direito Administrativo Privado não comporta a unidade e consistência necessárias para ser elevado a ramo do Direito, sendo ainda mais duvidoso o seu enquadramento no Direito Privado, pelo que modestamente se configura como um direito *suis generis*, cuja delimitação conceptual almejamos esclarecer neste estudo. Na mesma linha, afastamo-nos de Vital Moreira, nos termos do qual o Direito Privado Administrativo é “um Direito Privado com elementos publicísticos”. Cfr. VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, ob. cit., p. 284.

Ou seja, o DAP é ainda Direito Administrativo¹⁴, porque é integrado por um conjunto de preceitos jurídico-públicos, cuja imperatividade da sua aplicação está directamente relacionada com a natureza administrativa das actividades prosseguidas. Acresce que a razão de ser do DAP prende-se com a salvaguarda de um núcleo de princípios e normas de Direito Administrativo, directamente relacionadas com os direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, e daí que a sua própria teleologia seja também pública.

2.3. Abordagem preliminar e plano de estudo

Na delimitação conceptual do DAP, não podemos deixar de citar SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ que, em meados da década de noventa do século passado, publica uma obra intitulada “El Derecho Administrativo Privado”, na qual se dedica, em parte, a tratar de temas de Direito Administrativo Europeu e, na outra parte, atem-se no conceito de DAP, relacionando-o com o fenómeno da “fuga para o Direito Privado”. De acordo com o Autor, *el Derecho Administrativo Privado consiste en la sujeción a los derechos fundamentales y los principios generales del Derecho Administrativo respecto de la actividad en régimen jurídico-privado de los entes que crea la Administración para el cumplimiento de funciones administrativas*¹⁵.

Embora não possamos aderir, por completo, à noção proposta por SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, dado que a mesma carece, do nosso ponto de vista, de algumas precisões, a verdade é que foi a partir da sua exegese que se nos despoletaram uma série de interrogações.

Desde logo e antecipando um dos pontos que será objecto da nossa atenção neste estudo, somos do entendimento de que o DAP não diz apenas respeito aos “entes que a Administração cria para o cumprimento de funções administrativa”, dado que estendemos a sua aplicação a entidades privadas criadas por iniciativa privada, nos termos expostos no Capítulo I. Por outro lado, o Autor citado refere-se aos “Direitos Fundamentais” e aos “princípios gerais de Direito Administrativo” sem concretizar quais os direitos e princípios abrangidos pelo conceito de DAP, temática a que dedicamos o Capítulo III.

¹⁴ Quanto ao conceito de Direito Administrativo, optamos, como se perceberá ao longo desta tese, por um conceito subjectivo ou estatutário, nos termos do qual o Direito Administrativo é um “direito próprio da Administração Pública”. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, ob. cit., p. 281.

¹⁵ Cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho...*, ob. cit., p. 103.

Com efeito, à luz da noção *supra* exposta, perceber efectivamente do que se trata quando se emprega o conceito de DAP passa por conseguir responder, com rigor, a três grupos de questões. Em primeiro lugar, *quem* ou *que entidades* estão sujeitas a este direito; de seguida, *a que actividades ou funções* se aplica; e, por fim, *o quê*, ou seja, que princípios e normas estão compreendidos no DAP. Através da resposta a estas questões, conseguiremos delimitar os âmbitos subjectivo, objectivo e material – respectivamente – do conceito de DAP.

Por outro lado, há uma quarta dimensão do DAP que importa explorar: a dimensão processual. Trata-se, na realidade, de definir a jurisdição competente para apreciar litígios emergente de relações jurídicas, cujo desenvolvimento ocorreu sob a égide do DAP. Por conseguinte, trataremos também do âmbito processual do conceito em análise.

A exposição que se segue procura fazê-lo.

CAPÍTULO I - Âmbito Subjectivo

1. Preliminares

O âmbito subjectivo do conceito de DAP, conforme acabamos de referir, define o núcleo de sujeitos ou entidades que podem ser objecto da aplicação daqueles preceitos.

Com a tomada de consciência dos diferentes fenómenos de privatização da Administração Pública¹⁶⁻¹⁷ e das suas repercussões ao nível da garantia dos direitos dos cidadãos administrados e, conseqüentemente, dos seus reflexos na aplicação do Direito Administrativo, surgiram as primeiras manifestações de preocupação ante uma evidente “fuga para o Direito Privado” ou “fuga do Direito Administrativo”, responsável por uma “apostasia de direito administrativo”¹⁸.

A realidade a que nos referimos encontra-se directamente relacionada com o excessivo número de tarefas e actividades assumidas pelo Estado, após a segunda Guerra Mundial, situação que, a par de motivos ideológico-políticos e outros, se revelou difícil de suportar em virtude da incapacidade de financiamento para manter e alimentar um Estado com tais dimensões.

¹⁶ O fenómeno da privatização da Administração Pública remonta a períodos bem anteriores aos finais do século XX. A propósito do advento dos descobrimentos, iniciado no século XV, refiram-se as *capitanias donatárias*, implementadas nos territórios colonizados e que conferiam ao capitão donatário (entidade particular) extensos poderes soberanos de carácter administrativo e jurisdicional e ainda as *Companhias Coloniais*, constituídas sob a forma de sociedades comerciais que gozavam também de importantes poderes de soberania. Para mais desenvolvimentos sobre uma perspectiva histórica dos diferentes processos de privatização, ver PAULO OTERO, “Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública” in *Os caminhos da privatização da Administração Pública*, STVDIA IVRIDICA 60, BFDUC, Coimbra Editora, 2001, pp. 31 ss.

¹⁷ No que concerne ao conceito de Administração Pública, é habitual, na doutrina portuguesa, distinguir-se, por um lado, a Administração Pública em sentido orgânico, organizatório ou subjectivo e, por outro, a Administração Pública em sentido funcional, material ou objectivo. Este último corresponde à noção de função administrativa, a que se refere a nota 20. Quanto ao sentido orgânico de Administração Pública, Freitas do Amaral define-o como o “conjunto de entidades, serviços, órgãos e agentes do Estado ou das demais pessoas colectivas públicas, que asseguram em nome da colectividade a satisfação regular e contínua das necessidades colectivas de segurança, cultura e bem-estar”. Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, *ob. cit.*, pp. 33-34. Como o próprio reconhece (cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, *ob. cit.*, p. 33, nota 5), nem só o Estado e as pessoas colectivas públicas são hoje chamadas a cumprir funções de natureza administrativa, motivo que nos leva a aderir à posição de Pedro Gonçalves que, a propósito da Administração Pública em sentido orgânico ou institucional, separa o sentido estrito do sentido funcional. Assim, a Administração Pública em sentido estrito compreende as entidades integradas na esfera pública ou na esfera da estadualidade em sentido amplo, incluindo, assim, as pessoas colectivas públicas e as entidades administrativas privadas. Por sua vez, a Administração Pública em sentido funcional integra as entidades particulares com funções administrativas, em termos a desenvolver neste estudo. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, *ob. cit.*, pp. 282-288.

¹⁸ Cfr. F. GARRIDO FALLA, “Orígenes y evolución de las entidades instrumentales de las administraciones públicas” in A. PEREZ MORENO, *Administración instrumental*, Madrid, 1994, p. 41, citado em VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, *ob. cit.*, p. 282.

Uma das soluções encontradas¹⁹ para aliviar o aparelho administrativo e concomitantemente reduzir a despesa pública, passou por entregar aos particulares a propriedade e/ou o exercício de actividades que ultimamente eram asseguradas pelo sector público dos meios de produção. Por outro lado, a política privatizadora passou ainda por criar ou transformar pessoas colectivas públicas em pessoas colectivas privadas para o exercício de funções administrativas²⁰ e por sujeitar pessoas colectivas públicas à aplicação do Direito Privado. Tudo isto na suposição de que os instrumentos próprios do Direito Administrativo, por serem mais burocratas, são menos eficazes, eficientes e, sobretudo, mais morosos, dispendiosos, controlados e vinculados do que as formas de agir próprias do Direito Privado, graças ao maior número de vinculações a que estão sujeitos por força do princípio da legalidade²¹.

Por força destas “novas” formas de organização e actuação do Estado-Administração, o exercício da função administrativa joga-se num limbo entre o Direito Público e o Direito Privado²² que, no fundo, acabou por dar origem a uma amálgama de direitos e ao desabar dos quadros tradicionais da *summa divisio* e dos demais dos ramos do Direito.

¹⁹ A par do movimento de privatização, a “activação e reforço das responsabilidades privadas” constitui um dos eventos que permitiu o incremento da prossecução de interesses públicos pelos privados. Para maiores desenvolvimentos, ver PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, *ob. cit.*, pp. 161-163.

²⁰ Tradicionalmente, a noção de função administrativa corresponde ao conceito de Administração Pública em sentido funcional, material ou objectivo que, nas palavras de Freitas do Amaral, se traduz na “actividade típica dos serviços públicos e agentes administrativos desenvolvida no interesse geral da colectividade, com vista à satisfação regular e contínua das necessidades colectivas de segurança, cultura e bem-estar, obtendo para o efeito os recursos mais adequados e utilizando as formas mais convenientes”. Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, *ob. cit.*, pp. 36-37; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, *ob. cit.*, p. 2-6. Todavia, sabemos que, hoje em dia, há outro tipo de entidades aptas a exercer funções administrativas, para além dos serviços públicos e dos agentes administrativos. Por conseguinte, a noção apresentada revela-se algo desajustada ao actual contexto do exercício de funções administrativas. Como refere Pedro Gonçalves, a função administrativa “será sempre uma *noção aberta*” daí que o Autor, embora a identifique como um modo de “execução de tarefas administrativas” - sendo estas, por sua vez, uma categoria de tarefas públicas -, adira a uma caracterização tipológica da função administrativa. Assim sendo, a função administrativa, enquanto função pública, caracteriza-se (i) por ser vinculada à realização de fins externamente pré-determinados; (ii) por ser essencialmente volitiva, de concretização e de realização; (iii) pela heterogeneidade dos seus conteúdos; e (iv) pela diversidade de formas jurídicas de exteriorização. Para mais desenvolvimentos sobre a posição de Pedro Gonçalves, ver PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, *ob. cit.*, pp. 543-548. Quanto ao conceito de tarefas públicas, ao qual aderimos, ver nota 128.

²¹ Cfr. ANTONIO TRONCOSO REIGADA, *Privatización...*, *ob. cit.*, pp. 49-54 e 76-84; PAULO OTERO, “Coordenadas...”, *ob. cit.*, pp. 35, 47 e ss; SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, “Sentido y formas de la privatización de la Administración Pública” in *Os caminhos da privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, STVDIA IVRIDICA 60, BFDUC, Coimbra Editora, 2001, pp. 20-21, 23-24; VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, *ob. cit.*, pp. 282 e 290; ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS/MARIA EDUARDA GONÇALVES/MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Direito Económico*, 6.^a Ed. Revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 149-153; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, *ob. cit.*, p. 70.

²² Como já foi referido neste estudo, o DAP não teve origem na necessidade de travar a invasão do Direito Privado na esfera da Administração Pública, embora actualmente tenha sido aproveitado nesse sentido, como

Para além dos factores justificativos do movimento de privatizações genericamente abordados, não pode ser descuidado o facto de o recuo do papel do Estado na economia constituir também uma decorrência das vinculações assumidas, no âmbito da União Europeia, nomeadamente no que diz respeito à efectivação do mercado interno e ao clima de livre concorrência imposto pelos tratados²³.

Neste contexto, não podemos deixar de fazer referência ao princípio da subsidiariedade do Estado, nos termos do qual a iniciativa económica pública só deve ter lugar em caso de insuficiência ou em complemento da iniciativa económica privada²⁴.

Mas o movimento privatizador assumiu e assume múltiplas configurações que a doutrina se tem esforçado por catalogar, numa tentativa de facilitar a compreensão de tão vasta e complexa realidade.

Por conseguinte, a tarefa de delimitação do círculo de sujeitos aos quais se aplica o DAP pressupõe, nomeadamente, o estudo prévio dos reflexos das opções privatizadoras no âmbito do direito aplicável ao exercício de funções administrativas, bem como das formas de organização da Administração Pública.

Só assim será possível construir um raciocínio sólido e elucidativo.

2. Princípio da liberdade de eleição do Direito Público e do Direito Privado

Antes de partirmos para o estudo da privatização, detenhamos um pouco da nossa atenção no *princípio da liberdade de eleição do Direito Público ou do Direito Privado*. Trata-se de um princípio muito versado pela doutrina que se dedica ao estudo do fenómeno da privatização²⁵.

Na verdade, o princípio da liberdade de escolha compreende duas vertentes. Por um lado apresenta-se a liberdade de escolha das *formas de actuação ou do direito aplicável* que

veremos. Na verdade, a construção da figura jurídica do Direito Administrativo Privado, Direito Privado da Administração ou Direito Privado Administrativo (consoante a tradução adoptada do vocábulo alemão *Verwaltungsprivatrecht*) surgiu no contexto da chamada revolução da “teoria do fisco”, na Alemanha.

²³ Cfr. PAULO OTERO, “Coordenadas...”, *ob. cit.*, pp. 51 e 52; *Idem*, *Legalidade...*, *ob. cit.*, pp. 800 e 801; *Idem*, , *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra Editora, 1998, pp. 299-300; SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, “Sentido...”, *ob. cit.*, p. 24; ANTONIO TRONCOSO REIGADA, *Privatización...*, *ob. cit.*, p. 77.

²⁴ Cfr. ANTONIO TRONCOSO REIGADA, *Privatización...*, *ob. cit.*, p. 109.

²⁵ Cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 103, 104, 120 e 121; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA / TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, *ob. cit.*, pp. 61 e 64; ANTONIO TRONCOSO REIGADA, *Privatización...*, *ob. cit.*, pp. 135-151; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga...*, *ob. cit.*, pp. 189 e ss; PAULO OTERO, *Legalidade...*, *ob. cit.*, pp. 793 e 794; *Idem*, PAULO OTERO, *Vinculação...*, *ob. cit.*, pp. 230 e ss.; VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, *ob. cit.*, p. 89.

se traduz na possibilidade de subordinar uma entidade jurídico-pública quer ao Direito Administrativo²⁶, quer ao Direito Privado e, portanto, no exercício da função administrativa através dos instrumentos jurídicos próprios do Direito Administrativo ou, ao invés, dos instrumentos jusprivatísticos. Por outro lado, a liberdade de escolha pode revelar-se quanto às *formas de organização*. Neste caso, a liberdade respeita à opção entre a personalidade jurídica pública e a personalidade jurídica privada²⁷.

Note-se que a privatização da forma de organização implica, necessariamente, que o direito regulador seja o Direito Privado, pelo que a opção por uma forma de organização privada acarreta a adopção de formas de actuação privadas²⁸. Mas, a inversa não é verdadeira, na medida em que a opção por formas de organização jurídico-públicas não determina a adopção das formas de actuação públicas, permitindo antes a possibilidade de escolha entre estas e as formas de actuação privadas²⁹.

Em todo o caso, a decisão última sobre o recurso ao Direito Privado é sempre uma decisão jurídico-pública, tomada pelo legislador ou pela própria Administração, no exercício de um poder discricionário³⁰ com base na lei³¹ e daí a supremacia do princípio da legalidade³² também nesta matéria³³. A propósito do âmbito objectivo do DAP, cuidaremos dos limites ao princípio da liberdade de eleição, que se impõem ao legislador no que diz respeito às funções

²⁶ Neste caso, a tais entidades e respectiva actividade aplica-se, em princípio, todo o ordenamento jurídico-público (princípios gerais da actividade administrativa, regimes procedimental e processual administrativos, regime da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas, etc.). PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, *ob. cit.*, p. 253.

²⁷ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga...*, *ob. cit.*, p. 191; PAULO OTERO, *Vinculação...*, *ob. cit.*, pp. 220 e ss. e 245 e ss.

²⁸ A este propósito, Paulo Otero fala inclusive numa reserva constitucional de Direito Privado enquanto direito regulador de entidades formalmente privadas. Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação...*, *ob. cit.*, pp. 268 e 281.

²⁹ Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação...*, *ob. cit.*, pp. 272 e 281.

³⁰ Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação...*, *ob. cit.*, p. 268.

³¹ Conforme sintetiza Paulo Otero, o fenómeno privatizador pode operar *op legis* ou através de meios jurídico-públicos ou ainda por meios jurídico-privados. Todavia, as duas últimas situações reportam-se sempre a uma decisão jurídico-pública de carácter legislativo ou, quanto muito, de carácter administrativo no que concerte à privatização por meios de Direito Privado. Cfr. PAULO OTERO, “Coordenadas...”, *ob. cit.*, pp. 43-47. Ver ainda PAULO OTERO, *Legalidade...*, *ob. cit.*, pp. 794 e 797; *Idem*, *Vinculação...*, *ob. cit.*, p. 295; PEDRO GONÇALVES, “Entidades privadas...”, *ob. cit.*, p. 52; PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, *ob. cit.*, pp. 402 e ss; VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, *ob. cit.*, p. 544; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA / TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 62.

³² Sobre o princípio da legalidade ver MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, *ob. cit.*, pp. 28-31; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, reimpressão da 2.^a Ed., Almedina, Lisboa, 2013, pp. 49 e ss.; ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, “Princípio...”, *ob. cit.*, pp. 169-191.

³³ Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação...*, *ob. cit.*, pp. 231 e 258-261. Sobre o problema da reserva de lei em matéria de exercício do princípio da liberdade de eleição das formas organizatórias, no âmbito do sector empresarial do Estado, ver PAULO OTERO, *Vinculação...*, *ob. cit.*, pp. 249-256.

que podem ou não ser objecto de privatização e sobre as quais pode incidir o princípio de que cuidamos.

Note-se, para clarificar, que o legislador pode seguir uma de duas vias, no que confere ao exercício da liberdade de eleição: por um lado, pode exercê-lo directamente, optando, em concreto e por via de lei, por lançar mão dos instrumentos de Direito Privado; mas também pode, simplesmente, delegar o exercício da liberdade de eleição na Administração, o que implica a previsão, em abstracto, de tal liberdade, a exercer, em concreto, pela Administração Pública.

Embora por razões de economia não possamos explorar aqui este ponto, o decisor - legislador ou Administração -, no exercício desta liberdade de eleição, terá que sedimentar tal opção pelos caminhos do Direito Privado com razões objectivas no que concerne às vantagens do Direito Privado sobre o Direito Administrativo quanto à eficácia, eficiência, flexibilidade de gestão, etc. no cumprimento das funções administrativas envolvidas³⁴. Apela-se, por conseguinte, a um princípio de adequação entre o direito regulador privado e/ou a forma organizatória privada e os concretos interesses públicos a prosseguir através das entidades objecto de privatização. Portanto, o legislador ou a Administração (previamente autorizada por lei) não podem socorrer-se das valências próprias do Direito Privado de forma injustificada, sob pena de violação dos princípios da legalidade e da prossecução do interesse público³⁵ e da sonegação dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos³⁶.

³⁴ Antes da alteração operada pela Lei n.º 50/2011, de 13 de Setembro, o artigo 3.º da Lei-Quadro das Privatizações configurava como objectivos da reprivatização os seguintes: a) modernizar as unidades económicas e aumentar a sua competitividade e contribuir para as estratégias de reestruturação sectorial ou empresarial; b) reforçar a capacidade empresarial nacional; c) promover a redução do peso do Estado na economia; d) contribuir para o desenvolvimento do mercado de capitais; e) possibilitar uma ampla participação dos cidadãos portugueses na titularidade do capital das empresas, através de uma adequada dispersão do capital, dando particular atenção aos trabalhadores das próprias empresas e aos pequenos subscritores; f) preservar os interesses patrimoniais do Estado e valorizar os outros interesses nacionais; e g) promover a redução do peso da dívida pública na economia. Na actual versão da Lei, subsistem somente as alíneas a), c) e g), pelo que o legislador deu preferência, na concretização da política de reprivatizações, à modernização, competitividade e reestruturação sectorial ou empresarial, bem como à redução do peso do Estado e da dívida pública na economia.

³⁵ Quanto ao conceito de “interesse público”, perfilhamos o entendimento de Vieira de Andrade que o definiu como “manifestação directa ou instrumental das necessidades fundamentais de uma comunidade política e cuja realização é atribuída, ainda que não em exclusivo, a entidades públicas”. Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Interesse Público” in *DJAP*, Vol. V, Lisboa, 1193, p. 275. Conforme resulta da definição transcrita, a prossecução do interesse público já não é exclusiva do Estado ou da Administração Pública, o que permite chegar ao conceito de “tarefas privadas de interesse público”, por contraposição às “tarefas de interesse privado”. Para mais desenvolvimentos ver PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, ob. cit., pp. 140-151; VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, ob. cit., p. 288; PAULO OTERO, *Vinculação...*, ob. cit., p. 226.

³⁶ Cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho...*, ob. cit., pp. 104, 153-154; PAULO OTERO, *Vinculação...*, ob. cit., p. 296; *Idem*, *Legalidade...*, ob. cit., p. 795.

Atentas as diversas limitações impostas ao legislador e à Administração, neste domínio, há que reconhecer, na esteira de VIEIRA DE ANDRADE, que estamos perante uma *liberdade limitada*³⁷, pelo que podemos até questionar-nos em que medida é que, efectivamente, se pode falar numa liberdade.

3. Conceito e principais categorias de privatização

Como é sobejamente retratado na doutrina, o termo *privatização* é um conceito polissémico, capaz de abarcar uma grande multiplicidade de situações³⁸.

De forma simplista, *privatizar* significa tornar privado ou remeter para o sector privado³⁹ algo que antes o não era e, por conseguinte, estava adstrito ao sector público⁴⁰⁻⁴¹. Partindo agora do critério fornecido pela nossa Constituição (cfr. artigo 82.º, n.º 2 da CRP), privatizar consiste em transferir a *titularidade* **ou** a *gestão* de um bem, empresa ou tarefa da esfera jurídico-pública para a esfera jurídico-privada dos meios de produção⁴²⁻⁴³.

As diferentes realidades que podem ser reportadas ao conceito de privatização têm sido objecto de outros tantos catálogos delineados pela doutrina⁴⁴ num esforço hercúleo de apreender todas as possíveis manifestações do movimento privatizador.

³⁷ Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, *ob. cit.*, p. 70.

³⁸ Para uma síntese exemplificativa das várias acepções de “privatização”, ver PAULO OTERO, *Privatizações, Reprivatizações e Transferências de Participações Sociais no Interior do Sector Público*, Coimbra Editora, 1999, pp. 11-15; ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS/ MARIA EDUARDA GONÇALVES /MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Direito...*, *ob. cit.*, pp. 143-146.

³⁹ Cfr. Artigo 82.º, n.º 3 da CRP. Sobre o “sector privado” ver PAULO OTERO, *Vinculação...*, *ob. cit.*, pp. 65 e ss; ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS/ MARIA EDUARDA GONÇALVES /MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 61;

⁴⁰ Cfr. PAULO OTERO, *Privatizações, Reprivatizações e Transferências de Participações Sociais no Interior do Sector Público*, Coimbra Editora, 1999, p. 11; *Idem*, “Coordenadas...”, *ob. cit.*, pp. 36-37; *Idem*, *Legalidade...*, *ob. cit.*, p. 304; PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, *ob. cit.*, p. 152; SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, “Sentido...”, *ob. cit.*, pp. 19-20; ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS/ MARIA EDUARDA GONÇALVES /MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Direito...*, *ob. cit.*, pp. 159-163.

⁴¹ Sobre o “sector público” ver PAULO OTERO, *Vinculação...*, *ob. cit.*, pp. 65 e 70 e ss; ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS/ MARIA EDUARDA GONÇALVES /MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Direito...*, *ob. cit.*, pp. 63-64;

⁴² Cfr. PAULO OTERO, *Privatizações...*, *ob. cit.*, p. 14. *Idem*, *Vinculação...*, *ob. cit.*, pp. 64 e ss.

⁴³ Sobre os “meios de produção” ver ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS/ MARIA EDUARDA GONÇALVES /MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 60-61.

⁴⁴ A título de exemplo, refiram-se as categorizações sugeridas por Pedro Gonçalves, Paulo Otero, Martín-Retortillo e Antonio Troncoso Reigada. O primeiro Autor apresenta o mais complexo de todos os esquemas, fixando três grandes grupos: (i) a *privatização patrimonial*, que pode ser material/autêntica ou formal; (ii) a *privatização das tarefas*, total ou parcial, atribuindo-lhe, neste último caso, a designação de privatização material de tarefas; e (iii) a *privatização de execução de tarefas públicas*, que compreende duas vertentes, uma funcional e uma orgânica. A vertente orgânica, por sua vez, pode ser material ou formal. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, *ob. cit.*, pp. 151 e ss. Paulo Otero opta pelo seguinte elenco de formas de privatização: (i) privatização da regulação administrativa da sociedade; (ii) privatização do direito

Urge ressaltar, porém, que nem todas as categorias de privatização desenvolvidas pela doutrina consubstanciam uma verdadeira e própria privatização na acepção *supra* exposta, dado que, embora não deixem de ser um reflexo de opções privatizadoras, não importam a transferência da titularidade ou gestão de um bem, empresa ou função pública para o sector privado dos meios de produção.

Não cabendo no objecto da presente tese um estudo aprofundado sobre a privatização, trataremos apenas daquelas modalidades que estão directamente relacionadas com a delimitação do âmbito subjectivo do DAP e que se passam a descrever de forma sucinta.

a) Privatização do direito aplicável⁴⁵

Esta modalidade de privatização resulta do exercício da liberdade (limitada) de eleição no sentido da escolha do Direito Privado enquanto direito regulador de uma entidade pública.

Ou seja, o ente administrativo em causa mantém a personalidade jurídica de Direito Público ou é subjectivado *ab início* como pessoa colectiva pública, mas é submetido à aplicação do Direito Privado no exercício da actividade administrativa que lhe fora confiada.

A privatização do direito aplicável consubstancia uma verdadeira e própria *fuga para o Direito Privado*⁴⁶, de que são exemplo as entidades públicas empresariais⁴⁷, que, nos termos do artigo 23.º, n.º 1 do Regime Jurídico do Sector Empresarial do Estado e das Empresas públicas (Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, sucessivamente alterado), são pessoas

regulador da Administração; (iii) privatização das formas organizativas da Administração; (iv) privatização da gestão ou exploração de tarefas administrativas; (v) privatização do acesso a uma actividade económica; e (vi) privatização do capital social de entidades empresariais públicas. Cfr. PAULO OTERO, “Coordenadas..., *ob. cit.*, pp. 37-43; *Idem*, *Legalidade...*, *ob. cit.*, pp. 304-315 (em termos não exactamente coincidentes com os citados). Por seu turno, Martín-Retortillo prefere a sistematização que se segue: (i) utilização da personalidade e procedimento de Direito Privado pela Administração Pública; (ii) transferência para o sector privado de uma actividade ou função pública; e (iii) transferência para o sector privado das participações sociais de uma empresa pública. Cfr. SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, “Sentido..., *ob. cit.*, pp. 20-29. Finalmente, Antonio Troncoso Reigada, distingue, em primeiro lugar, a privatização formal da privatização substancial, para depois se referir (i) à privatização material da actividade ou privatização de tarefas, (ii) à privatização da gestão, funcional ou privatização do desempenho de tarefas, (iii) à privatização do património e (iv) à privatização do financiamento. Cfr. ANTONIO TRONCOSO REIGADA, *Privatización...*, *ob. cit.*, pp. 42-47.

⁴⁵ Cfr. PAULO OTERO, *Privatizações...*, *ob. cit.*, p. 12; *Idem*, “Coordenadas..., *ob. cit.*, pp. 38-40; *Idem*, *Legalidade...*, *ob. cit.*, pp. 310-312; SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, “Sentido..., *ob. cit.*, pp. 20-21; ANTONIO TRONCOSO REIGADA, *Privatización...*, *ob. cit.*, p. 42.

⁴⁶ Cfr. PAULO OTERO, *Privatizações...*, *ob. cit.*, p. 12; *Idem*, “Coordenadas..., *ob. cit.*, p. 38; *Idem*, *Legalidade...*, *ob. cit.*, p. 310; SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, “Sentido..., *ob. cit.*, p. 20; ANTONIO TRONCOSO REIGADA, *Privatización...*, *ob. cit.*, p. 42; SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 121 e ss.

⁴⁷ A título de exemplo, são entidades públicas empresariais o “Teatro Nacional D. Maria II, E.P.E.” (cfr. Decreto-Lei n.º 158/2007, de 27 de Abril repriminado pelo Decreto-Lei n.º 36/2013, de 11 de Março), a “Navegação Aérea de Portugal – NAV, E.P.E.” (cfr. Decreto-Lei n.º 74/2003, de 16 de Abril) e a “CP – Comboios de Portugal, E.P.E.” (cfr. Decreto-Lei n.º 137-A/2009, de 12 de Junho).

colectivas públicas, com natureza empresarial, criadas pelo Estado e cujo direito regulador é o Direito Privado (cfr. artigo 7.º, n.º 1 do RJSEEEP)⁴⁸.

Do ponto de vista organizatório, as entidades públicas empresariais, enquanto Empresas públicas (artigo 3.º, n.º 2 do RJSEEEP), são tradicionalmente enquadradas na Administração indirecta do Estado, por se tratar de entidades que prosseguem fins daquele, pese embora o facto de serem dotadas de personalidade jurídica própria e autonomia administrativa e financeira⁴⁹.

De igual forma, as “fundações públicas de Direito Privado”⁵⁰, previstas no artigo 4.º, n.º 1, alínea c) e 2 da Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho, que aprovou a Lei-Quadro das Fundações, são pessoas colectivas públicas, criadas por iniciativa pública, com património e fim públicos, mas que se regem pelo Direito Privado⁵¹. As Fundações públicas também fazem parte da Administração indirecta do Estado.

Estas entidades integram automaticamente o conceito de Administração Pública (em sentido estrito) graças à sua personalidade de Direito Público. Como bem esclarece PEDRO GONÇALVES, a forma jurídico-pública envolve o efeito automático de inclusão na Administração. Mas, a inversa, já não é verdadeira, como veremos mais à frente, pelo que não é possível associar um efeito excludente à simples subjectivação privada de uma entidade⁵².

⁴⁸ Em termos homólogos, vejam-se as entidades públicas empresariais regionais, dos Açores e da Madeira (cfr, respectivamente, artigos 3.º, n.º 3, 9.º, n.º 1 e 32 e ss. do Decreto-Legislativo Regional n.º 7/2011/A, de 22 de Março e os artigos 3.º, n.º 2, 7.º e 32.º e ss. do Decreto-Legislativo Regional n.º 13/2010/M, de 5 de Agosto).

⁴⁹ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, *ob. cit.*, pp. 347-350. Sobre os conceitos de autonomia administrativa e financeira ver MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, *ob. cit.*, pp. 221-222.

⁵⁰ Cfr. MIGUEL LUCAS PIRES, “Regime Jurídico Aplicável às Fundações de Direito Privado e Utilidade Pública”, *Publicações CEDIPRE Online* – 7, <http://cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, Maio de 2011, p. 5.

⁵¹ A figura das fundações públicas de Direito Privado tem sido adoptada no âmbito do ensino superior através das “fundações públicas universitárias”. Este modelo foi já implementado pelo ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa, pela Universidade do Porto e pela Universidade de Aveiro (cfr., por ordem, Decreto-Lei n.º 95/2009, de 27 de Abril, Decreto-Lei n.º 96/2007, de 27 de Abril e Decreto-Lei n.º 97/2009).

⁵² Cfr. PEDRO GONÇALVES, “Entidades privadas...”, *ob. cit.*, p. 51, nota 9.

b) Privatização formal⁵³

Na privatização formal, o exercício do princípio da liberdade de eleição vai no sentido de preferir a personalidade jurídica de Direito Privado, aquando da criação ou transfiguração de um ente que exerce funções administrativas, ou seja, está em causa a alteração da natureza jurídica da entidade e, por isso, uma “privatização dos sujeitos”⁵⁴.

Neste caso, apresentam-se-nos pessoas colectivas privadas (sociedades comerciais, fundações ou associações⁵⁵), que actuam sob a égide do Direito Privado, mas no exercício de funções administrativas, tal como acontece com as empresas públicas *tout court*⁵⁶ (optamos por esta designação para evitar confusão com as entidades públicas empresariais, também elas empresas públicas). Estas empresas públicas são sociedades constituídas ao abrigo do Direito Comercial, nas quais o Estado ou outra entidade pública possa exercer, isolada ou conjuntamente, directa ou indirectamente, uma “influência dominante”⁵⁷. Acresce que o regime jurídico aplicável a estas empresas é o Direito Privado (cfr. artigo 7.º, n.º 1 do RJSEEEP), ou melhor, o Direito Administrativo Privado, como veremos⁵⁸.

Um exemplo flagrante de privatização formal ocorreu com a transformação das empresas públicas, criadas ao abrigo do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril, em sociedades

⁵³ Cfr. PAULO OTERO, *Privatizações...*, *ob. cit.*, p. 13; *Idem*, “Coordenadas...”, *ob. cit.*, p. 40; *Idem*, *Legalidade...*, *ob. cit.*, pp. 304-308; SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, “Sentido...”, *ob. cit.*, pp. 20-21; ANTONIO TRONCOSO REIGADA, *Privatización...*, *ob. cit.*, p. 42. Pedro Gonçalves apelida esta modalidade de privatização de *privatização orgânico-formal* e integra-a no âmbito da categoria mais vasta da privatização da execução de tarefas públicas. No âmbito desta categoria e a par da privatização orgânico-formal, surge a *privatização orgânico-material*, que trataremos no tópico seguinte. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, *ob. cit.*, pp. 396 e ss e 895 e ss.

⁵⁴ Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade...*, *ob. cit.*, p. 305.

⁵⁵ Sobre uma apreciação liminar sobre as associações públicas de Direito Privado (que não serão objecto do presente estudo) ver JOÃO CAUPERS, “As Fundações e as Associações Públicas de Direito Privado”, in *Os caminhos da privatização da Administração Pública*, STVDIA IVRIDICA 60, BFDUC, Coimbra Editora, 2001, pp. 323-332.

⁵⁶ Adoptam a forma de empresas públicas societárias, designadamente, a “EP – Estradas de Portugal, S.A.” (cfr. Decreto-Lei n.º 374/2007, de 7 de Novembro), os “CTT – Correios de Portugal, S.A.” (cfr. Decreto-Lei n.º 87/92, de 14 de Maio) e a “Metro do Porto, S.A.” (cfr. Decreto-Lei n.º 261/2001, de 26 de Setembro).

⁵⁷ O conceito de influência dominante é concretizado nas alíneas do n.º 1 daquele preceito, pelo que a influência dominante resulta da detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto por parte do Estado ou entidade pública [alínea a)] ou da titularidade do direito de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização [alínea b)].

⁵⁸ De forma idêntica, as empresas locais também são constituídas nos termos da lei comercial, nas quais os municípios, as associações de municípios ou as áreas metropolitanas possam exercer uma influência dominante (cfr. artigo 19.º, n.º 1 da Lei n.º 50/2012, 31 de Agosto). As empresas locais são também pessoas colectivas privadas (cfr. artigo 19.º, n.º 4 da Lei n.º 50/2012, 31 de Agosto), regidas pela referida lei, pela lei comercial, pelos estatutos e, subsidiariamente, pelo regime do sector empresarial do Estado (cfr. artigo 21.º da Lei n.º 50/2012, 31 de Agosto). Em termos homólogos, vejam-se ainda as empresas públicas regionais, dos Açores e da Madeira (cfr. respectivamente, artigos 3.º, n.º 1 e 9.º, n.º 1 do Decreto-Legislativo Regional n.º 7/2011/A, de 22 de Março e os artigos 3.º, n.º 1 e 7.º e 32.º do Decreto-Legislativo Regional n.º 13/2010/M, de 5 de Agosto).

anónimas, pelo que o seu direito regulador passou a ser a “legislação comum das sociedades comerciais” (cfr. artigo 4.º da Lei-Quadro das Privatizações, aprovada pela Lei n.º 11/90, de 5 de Abril).

Neste contexto, tem-se desenvolvido o chamado *Direito Societário Administrativo*, um direito especialmente vocacionado para a aplicação do Direito das Sociedades Comerciais no âmbito do sector empresarial do Estado e dos sectores empresariais regionais e local⁵⁹ (cfr. artigos 7.º e ss. do RJSEEEP, artigo 9.º do Decreto-Legislativo Regional n.º 7/2011/A, de 22 de Março, artigo 7.º do Decreto-Legislativo Regional n.º 13/2010/M, de 5 de Agosto e artigo 21.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto, que aprova o Regime Jurídico da Actividade Empresarial Local e das Participações Locais).

Enquadram-se ainda no panorama em análise, as “fundações privadas com origem pública”, também elas subsumíveis ao artigo 4.º, n.º 1, alínea c) e 2 da Lei-Quadro das Fundações. Mais uma vez, trata-se de pessoas colectivas privadas, sujeitas ao Direito Privado, mas cujo substracto é público⁶⁰ ou misto⁶¹, a que acresce o facto de, no acto de constituição, serem dotadas do estatuto de utilidade pública⁶².

Na medida em que a privatização das formas de organização acarreta necessariamente que o direito aplicável seja o Direito Privado⁶³, esta modalidade também configura uma hipótese de *fuga para o Direito Privado*⁶⁴.

Todavia, actualmente, já não é estranha a inclusão, no seio da Administração Pública, de entidades privadas⁶⁵. A este propósito, PEDRO GONÇALVES adopta um “conceito de

⁵⁹ Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade...*, ob. cit., p. 307; PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, ob. cit., pp. 415-419.

⁶⁰ São exemplos deste tipo de fundações a Fundação Casa da Música, a Fundação Mata do Buçaco e a Fundação Cidade de Guimarães (cf., respectivamente, Decreto-Lei n.º 18/2006, de 26 de Janeiro, Decreto-Lei n.º 120/2009, de 19 de Maio e Decreto-Lei n.º 202/2009, de 28 de Agosto). Cfr. MIGUEL LUCAS PIRES, “Regime...”, ob. cit., p. 3, nota 9.

⁶¹ Constituem exemplos destas fundações a Fundação Martins Sarmiento e a Fundação para a Protecção e Gestão Ambiental das Salinas do Samouco (cfr., por ordem, Decreto-Lei n.º 24/2008, de 8 de Fevereiro e Decreto-Lei n.º 36/2009, de 10 de Fevereiro). Cfr. MIGUEL LUCAS PIRES, “Regime...”, ob. cit., p. 3, nota 10.

⁶² Cfr. MIGUEL LUCAS PIRES, “Regime...”, ob. cit., pp. 2-8.

⁶³ Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade...*, ob. cit., p. 310; *Idem*, *Vinculação...*, ob. cit., pp. 267 e 268.

⁶⁴ Cfr. SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, “Sentido...”, ob. cit., p. 20; ANTONIO TRONCOSO REIGADA, *Privatización...*, ob. cit., p. 42; SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho...*, ob. cit., pp. 121 e ss; VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, ob. cit., p. 285. Paulo Otero, embora admita que a privatização formal também consubstancia uma possibilidade de fuga para Direito Privado, acaba por concluir que só há uma verdadeira fuga para o Direito Privado no âmbito da privatização do direito aplicável, por estarem aqui envolvidas pessoas colectivas públicas. Inversamente, na privatização formal ocorrida no contexto da actividade empresarial do Estado, “a existir «fuga», ela será sempre uma «fuga» normal ou natural, imposta até pelos princípios e valores constitucionais que determinam que uma entidade privada não possa normalmente utilizar o Direito Administrativo como disciplina jurídica reguladora da sua actividade e pelo Direito Comunitário que impõe uma paridade de regime jurídico entre os sujeitos económicos públicos e privados”. Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação...*, ob. cit., pp. 77-78, 267, 272 e 301-302.

Administração com carácter *integrador*” que permite, como o nome indica, integrar na Administração Pública entidades administrativas privadas (integração institucional) e entidades particulares com funções administrativas (integração funcional)⁶⁶, que abordaremos no tópico seguinte.

Ora, às entidades que emergem de um processo de privatização formal, PEDRO GONÇALVES, na esteira de VITAL MOREIRA e de PAULO OTERO, atribuiu-lhes a designação de *entidades administrativas privadas*: são entidades administrativas, em virtude de se encontrarem numa situação de domínio ou influência dominante de uma pessoa colectiva pública (daí a integração institucional), mas privadas, porque assumem como direito regulador o Direito Privado⁶⁷.

Este tipo de entidades é também enquadrado, pela doutrina, na categoria da “Administração indirecta privada” ou da “Administração Pública em forma privada” que coexiste, lado a lado, com a “Administração indirecta pública” (como vimos no ponto anterior) ou “Administração Pública em forma pública”⁶⁸.

Para finalizar, clarifique-se que as entidades administrativas privadas nascem e permanecem no sector público, pelo que mantêm as suas raízes na esfera estadual⁶⁹, ao contrário do que sucede com as entidades que se seguem.

Ainda assim, a actividade desenvolvida pelas entidades administrativas privadas consubstancia um verdadeiro exercício privado de funções públicas, por haver lugar à transferência da responsabilidade de execução de tarefas públicas⁷⁰.

⁶⁵ Cfr. PEDRO GONÇALVES, “Entidades privadas...”, *ob. cit.*, p. 51.

⁶⁶ Para maiores desenvolvimentos sobre a matéria ver PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, *ob. cit.*, pp. 282 e ss., 423 e 549.

⁶⁷ Cfr. PEDRO GONÇALVES, “Entidades privadas...”, *ob. cit.*, p. 52. Para maiores desenvolvimentos sobre as entidades administrativas privadas, ver PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, *ob. cit.*, pp. 396 e ss., 432-433, 461 ss e 895 e ss.; VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, *ob. cit.*, pp. 285 a 287; PAULO OTERO, *Vinculação...*, *ob. cit.*, p. 229-230.

⁶⁸ Cfr. SABINO CASSESE, *Las Bases del Derecho Administrativo*, Traducción de Luis Ortega, Instituto Nacional de Administracion Publica, Madrid, 1994, pp. 185-187; VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, *ob. cit.*, pp. 285 a 287; PAULO OTERO, *Legalidade...*, *ob. cit.*, pp. 305 e 306; *Idem*, *Vinculação...*, *ob. cit.*, pp. 222-230; PEDRO GONÇALVES, “Entidades privadas...”, *ob. cit.*, p. 52; *Idem*, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, *ob. cit.*, p. 283; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, *ob. cit.*, pp. 12 e 93-94..

⁶⁹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, “Entidades privadas...”, *ob. cit.*, p. 52; PAULO OTERO, *Legalidade...*, *ob. cit.*, p. 308.

⁷⁰ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, *ob. cit.*, pp. 391 e ss.

c) Privatização da gestão ou exploração de uma função administrativa⁷¹

À semelhança do que sucede na privatização formal, na privatização da gestão ou exploração de uma função administrativa também ocorre uma transferência da responsabilidade de execução de tarefas públicas, com o inerente exercício privado de funções públicas. Mas, desta feita, essa transferência é operada para entidades materialmente privadas e não apenas formalmente como sucede com as entidades administrativas privadas. Deste modo, a titularidade da função mantém-se pública, mas a sua gestão passa a ser privada.

Por conseguinte, se as entidades administrativas privadas integram a chamada “Administração Pública em forma privada”, as entidades a que nos referimos subsumem-se a uma “Administração delegada ou concessionada”⁷².

Com efeito, os entes de que agora tratamos são, acompanhando PEDRO GONÇALVES, *entidades particulares*⁷³, isto é, autênticos privados cuja integração na Administração Pública passará necessariamente pela natureza administrativa das funções que assumem. Nessa medida, justifica-se a sua integração funcional no seio da Administração⁷⁴.

PEDRO GONÇALVES insiste no ponto de que a integração das entidades particulares no conceito de Administração Pública assume um carácter puramente funcional. “Deste modo, os particulares, na medida em que exercem funções administrativas, são simultaneamente Administração (em sentido funcional) e Sociedade (em sentido material): *integram a Administração enquanto particulares*, mas, de outro ângulo, são *particulares que colaboram com a Administração ou que substituem a Administração*”⁷⁵.

⁷¹ Cfr. PAULO OTERO, *Privatizações...*, ob. cit., p. 13; *Idem*, “Coordenadas...”, ob. cit., pp. 40-41; *Idem*, *Legalidade...*, ob. cit., pp. 308-309; ANTONIO TRONCOSO REIGADA, *Privatización...*, ob. cit., pp. 44-45. Como já fizemos referência, Pedro Gonçalves apelida esta modalidade de privatização de *privatização orgânico-material*. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, ob. cit., pp. 287, 394-396, 437 e 787 e ss.

⁷² Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, ob. cit., p. 396; VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, ob. cit., p. 544.

⁷³ Embora possamos objectar que a designação “entidades particulares” não é a mais adequada, na medida em que, do ponto de vista da qualificação jurídica dos sujeitos, estes são “públicos” ou “privados” e não “públicos” ou “particulares”, optamos por adoptar a nomenclatura de Pedro Gonçalves. E fazemo-lo por motivos de facilidade na exposição: a expressão “entidades particulares” permite, de forma mais fácil, distinguir estes entes das “entidades administrativas privadas”, não obstante ambas serem entidades privadas que podem assumir poderes públicos.

⁷⁴ Cfr. PEDRO GONÇALVES, “Entidades privadas...”, ob. cit., p. 52. VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, ob. cit., pp. 287 a 289 e 544.

⁷⁵ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, ob. cit., pp. 287, 394-395, 423 e ss, 437 e ss e 787 e ss.

Note-se, contudo, que a responsabilidade última pelo cumprimento da função administrativa permanece na esfera pública, pelo que as mencionadas entidades particulares estão sujeitas a uma intensa fiscalização do ente público responsável⁷⁶.

4. Entidades sujeitas à aplicação do DAP

4.1 Delimitação pela positiva

A exposição levada a cabo quanto a três tipos ou modalidades de privatização cumpre o propósito de delinear o círculo de sujeitos compreendidos no âmbito subjectivo de aplicação do DAP. Neste sentido, estão sujeitas à aplicação do DAP as seguintes entidades:

- a) *Pessoas colectivas públicas, sujeitas ao Direito Privado* e, nessa medida, objecto de um processo de privatização do direito aplicável⁷⁷;
- b) *Pessoas colectivas privadas, sujeitas ao Direito Privado, mas geradas no espaço do sector público para cumprimento de funções administrativas (entidades administrativas privadas)*, resultantes, assim, de um processo de privatização formal⁷⁸⁻⁷⁹;
- c) *Pessoas colectivas privadas, sujeitas ao Direito Privado e geradas no seio do sector privado, mas cuja actividade desenvolvida corresponde ao exercício de funções administrativas (entidades particulares com funções administrativas)*, estando, por isso, em causa um processo de privatização da gestão ou exploração de tarefas administrativas (privatização orgânico-material para PEDRO GONÇALVES)⁸⁰.

⁷⁶ Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade...*, ob. cit., pp. 308 e 309; PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, ob. cit., p. 396.

⁷⁷ Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade...*, ob. cit., pp. 311, 795, 796, 800 e 801; TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, “Las transformaciones del Derecho Administrativo a resultas de las privatizaciones” in *Os caminhos da privatização da Administração Pública*, STVDIA IVRIDICA 60, BFDUC, Coimbra Editora, 2001, p. 334; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, ob. cit., p. 70.

⁷⁸ Cfr. VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, ob. cit., p. 287; PAULO OTERO, *Legalidade...*, ob. cit., pp. 797-799 e 802; *Idem*, *Vinculação...*, ob. cit., pp. 269; PEDRO GONÇALVES, “Entidades privadas...”, ob. cit., pp. 53-54; *Idem*, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, ob. cit., pp. 291-292, 391; TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, “Las transformaciones...”, ob. cit., p. 334; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, ob. cit., p. 70.

⁷⁹ Paulo Otero entende que as vinculações jurídico-públicas a que estão sujeitas estas entidades (alínea b)) são menos intensas do que aquelas que recaem sobre as pessoas colectivas públicas integradas no sector empresarial público, isto é, as entidades mencionadas na alínea a). Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade...*, ob. cit., p. 802.

⁸⁰ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, ob. cit., pp. 285-286 e 291-293.

Note-se que a privatização do direito aplicável e a privatização formal não correspondem ao conceito de privatização em sentido estrito e que tem assento na Constituição, uma vez que não importam a transferência da propriedade ou gestão de um bem, empresa ou actividade do sector público para o sector privado. Na verdade, na privatização do direito aplicável, a forma organizatória, a propriedade e a gestão mantêm-se públicas e na privatização formal, embora a forma organizatória seja privada, a propriedade e a gestão são públicas. O mesmo já não se passa na privatização da gestão ou exploração de tarefas administrativas, onde a gestão privada implica desde logo o ingresso da actividade no sector privado dos meios de produção, cumprindo-se, assim, o critério constitucional previsto no n.º 3 do artigo 82.º da CRP.

De todo o modo, em relação às entidades que incluímos no âmbito subjectivo do DAP, constata-se o seguinte: ao conservarem uma íntima relação com a esfera pública, seja pela natureza jurídica pública da entidade, seja pela natureza jurídica pública das funções desenvolvidas, o Direito Privado que assumem como direito de aplicação ordinária não pode ser aplicado como se de meros particulares se tratasse e daí a razão de ser do DAP⁸¹.

Ou seja, no âmbito daquelas entidades, não se constata uma aplicação *tout court* do Direito Privado, na medida em que a sujeição ao Direito Privado resulta mitigada pela necessária aplicação de preceitos próprios do Direito Administrativo, o que se justifica pela sua inclusão (ainda que meramente funcional, no caso da Administração delegada ou concessionada) na esfera pública.

No que confere especificamente às entidades administrativas privadas e às entidades particulares com funções administrativas, ambas têm personalidade jurídica de Direito Privado e, à luz do *princípio da congruência entre formas jurídicas de organização e direito aplicável*⁸², pautam-se por aquele direito. Todavia, na estrita medida em que tangem domínios públicos, ao assumirem tarefas de natureza administrativa, o Direito Privado a que obedecem é modelado por vinculações jurídico-públicas⁸³⁻⁸⁴.

⁸¹ Cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho...*, ob. cit., p. 101; PAULO OTERO, *Legalidade...*, ob. cit., p. 311; *Idem*, *Vinculação...*, ob. cit., pp. 269, 277-278, 288 e ss e 293-294.

⁸² Cfr. PEDRO GONÇALVES, “Entidades privadas...”, ob. cit., p. 53; *Idem*, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, ob. cit., p. 253.

⁸³ Cfr. PEDRO GONÇALVES, “Entidades privadas...”, ob. cit., pp. 53, 54 e 56; *Idem*, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, ob. cit., pp. 291, 292, 310, 311 e 1044 e ss.; PAULO OTERO, *Legalidade...*, ob. cit., pp. 307 e 797.

⁸⁴ Excepcionalmente, estas entidades podem estar subordinadas ao Direito Administrativo. De acordo com a doutrina de Pedro Gonçalves, nas relações externas (entidade privada vs terceiros), as referidas entidades estão sujeitas, a título principal ao Direito Administrativo, em quatro situações: (i) sempre que forem destinatárias de normas jurídicas que lhes são especialmente dirigidas graças ao facto de assumirem funções públicas e/ou de

4.2 Delimitação pela negativa

As mencionadas exigências já não se verificam nas demais modalidades de privatização que implicam uma autêntica desafecção da titularidade ou gestão de um bem, empresa ou função do sector público para o mesmo ser afectado ao sector privado. Estamos a referir-nos à chamada privatização das tarefas, mas também à privatização patrimonial e à privatização funcional (na nomenclatura de PEDRO GONÇALVES⁸⁵).

Na *privatização das tarefas*⁸⁶, assiste-se a uma verdadeira *despublicatio*, isto é, a uma descaracterização da tarefa ou função em causa que deixa de assumir uma natureza pública para ser confiada, no todo ou em parte, ao sector privado. Neste caso, a titularidade da função ou actividade em crise deixa a esfera estadual para ingressar na esfera da sociedade. Uma vez quebrados os vínculos públicos, a actividade será desenvolvida em pleno sob a égide do Direito Privado, não cabendo aqui qualquer papel ao DAP⁸⁷.

Por sua vez, na *privatização patrimonial*⁸⁸ dá-se a transmissão de uma sociedade, anteriormente pública, para mãos privadas, através da aquisição da totalidade ou da maioria das suas participações sociais por privados⁸⁹. Também aqui não há lugar à aplicação do DAP⁹⁰.

lhes serem atribuídas prerrogativas de autoridade (cfr. artigo 2.º, n.º 3 do CPA); (ii) quando lhes é atribuída capacidade para a celebração de contratos administrativos; (iii) quando assumem o estatuto de entidade expropriante; e (iv) quando se encontram vinculadas pelas disposições do CCP. Também nas relações internas (que opõem a entidade privada à entidade pública fiscalizadora), as entidades administrativas privadas e as entidades particulares com funções administrativas estão sujeitas ao Direito Administrativo que regula, respectivamente, a inter-relação com a entidade pública que as criou ou nelas exerce uma influência dominante e a entidade pública dominante. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, ob. cit., pp. 292 a 296 e 1044 e ss; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, ob. cit., p. 70.

⁸⁵ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, ob. cit., pp. 248, 357-390 e 656.

⁸⁶ Cfr. SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, “Sentido...”, ob. cit., pp. 21-25; ANTONIO TRONCOSO REIGADA, *Privatización...*, ob. cit., p. 42; PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, ob. cit., pp. 153 e ss.

⁸⁷ Note-se que a privatização das tarefas não conduz a um alheamento total do Estado em relação às mesmas. Pelo contrário, após o processo ou acto de privatização, emerge um “dever estadual de garantia”, da realização de certos fins como a defesa dos direitos dos cidadãos, a promoção do bem-estar, a segurança pública e o fornecimento de serviços essenciais. As responsabilidades estaduais de garantia estão associadas ao surgimento de uma nova tarefa pública: a *regulação*. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, ob. cit., pp. 158-161 e 166 e ss. *Idem*, “Direito Administrativo da Regulação” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, no Centenário do seu Nascimento*, Vol. II, FDUL, Coimbra Editora, 2006, pp. 535-548.

⁸⁸ PAULO OTERO, *Privatizações...*, ob. cit., pp. 13-14; *Idem*, “Coordenadas...”, ob. cit., p. 42-43; *Idem*, *Legalidade...*, ob. cit., pp. 309; SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, “Sentido...”, ob. cit., pp. 25-29; ANTONIO TRONCOSO REIGADA, *Privatización...*, ob. cit., p. 45. Pedro Gonçalves apelida esta modalidade de privatização de *privatização patrimonial material ou autêntica* por contraposição à privatização patrimonial apenas formal. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, ob. cit., p. 153.

⁸⁹ Exemplificando, a EDP – Energias de Portugal, S.A. é produto de um processo de privatização patrimonial, concluído em 2013 com a venda das últimas acções detidas pelo Estado. Também a REN – Redes Energéticas

Para finalizar a prova dos nove, refira-se ainda a *privatização funcional*⁹¹ que PEDRO GONÇALVES apresenta como uma modalidade de privatização da execução das tarefas públicas, mas com a particularidade de as tarefas em causa permanecerem públicas, bem como a responsabilidade pela sua execução. Contudo, na preparação ou implementação de tais tarefas são chamadas a contribuir entidades privadas, actuantes ao abrigo do Direito Privado e que exercem actividades privadas. Ou seja, o exercício destas actividades privadas aparece como elemento de auxílio da Administração Pública no cumprimento das suas tarefas administrativas⁹². Mais uma vez, não se justifica a aplicação do DAP, não só por se tratar de entidades e actividades puramente privadas, como pelo facto de as tarefas públicas e a responsabilidade pela sua execução permanecerem na esfera da Administração Pública.

Na privatização das tarefas e na privatização patrimonial, verifica-se que a titularidade e a gestão de um bem, empresa ou actividade estão confiadas ao sector privado e daí que configurem processos de privatização na acepção estrita e constitucional do termo.

4.3 Síntese conclusiva

Em suma, o âmbito subjectivo do DAP está confinado à actividade desenvolvida por pessoas colectivas públicas, que adoptam como direito regulador o Direito Privado e às pessoas colectivas – formal ou materialmente – privadas que exercem funções administrativas e que necessariamente se regem pelo Direito Privado.

Assim sendo, constata-se uma desagregação entre a origem e a forma de personificação (no caso das entidades administrativas privadas, a origem é pública, mas a forma de personificação é privada), bem como uma desagregação entre esta e o direito aplicável (no caso das entidades objecto de privatização do direito aplicável, a forma de personificação é pública, mas o direito regulador é o Direito Privado)⁹³.

Qualquer um dos três grupos de sujeitos a que é aplicável o DAP, apresenta uma conexão ou ligação com a esfera pública e, nessa medida, com as vinculações própria do

Nacionais, S.A. e TAP – Transportes Aéreos Portugueses, S.A. foram objecto de tal privatização, embora a Parpública, Participações Públicas, SGPS, S.A. ainda seja detentora de 9,9% das participações sociais da primeira.

⁹⁰ Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade...*, *ob. cit.*, p. 799. Também aqui o Estado mantém a sua responsabilidade de garantia, através da regulação. Cfr. nota 87.

⁹¹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, *ob. cit.*, pp. 248, 357-390 e 656.

⁹² Pedro Gonçalves clarifica dizendo que “não há aqui, portanto, um exercício privado da função administrativa, mas apenas o desenvolvimento de uma actividade privada em cujos resultados a Administração está interessada”. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, *ob. cit.*, p. 656.

⁹³ Cfr. VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, *ob. cit.*, p. 279.

Direito Administrativo. É certo que essa ligação é mais forte nos dois primeiros grupos (pessoas colectivas públicas sujeitas ao Direito Privado e entidades administrativas privadas integrantes da Administração Pública em sentido estrito e, portanto, da esfera do Estado) e mais ténue no terceiro grupo (entidades particulares com funções administrativas, cuja integração na Administração é meramente funcional, apresentando ainda um estatuto ambivalente, ora com raízes na sociedade, ora com ligações ao Estado), mas em todos eles se justifica a conformação ou adaptação do Direito Privado que aplicam a título principal pelos Direitos Fundamentais e pelos princípios gerais da actividade administrativa.

Por conseguinte, a incidência do DAP na actividade desenvolvida pelas entidades pertencentes aos dois primeiros grupos mencionados, transforma o princípio da liberdade de eleição das formas de actuação e das formas de organização do Direito Público ou de Direito Privado num princípio da liberdade de eleição entre o Direito Público e o Direito Privado *iuspublicizado*⁹⁴, reprimindo, desta forma, qualquer tentativa de recurso abusivo ao Direito Privado para o exercício de funções administrativas⁹⁵.

A Administração actuante ao abrigo do Direito Privado (através de pessoas colectivas públicas integradas na Administração Pública em sentido estrito), sob forma jurídico privada (através de entidades administrativas privadas que também ingressam na Administração Pública em sentido estrito) ou, inclusive, através de particulares que exercem funções administrativas (subsumíveis a um conceito de Administração em sentido funcional), não deixa de ser Administração.

Consequentemente, o Direito Privado aplicável pela Administração, em qualquer uma daquelas dimensões, não deve ser observado, aplicado e executado tal qual sucede nas relações jurídicas entre meros particulares⁹⁶.

Uma vez revelado o núcleo de sujeitos cuja actividade se rege pelo DAP, cumpre perceber no âmbito de que funções tais normativos têm aplicabilidade. Passamos, por isso, a debruçar-nos sobre o âmbito objectivo de aplicação do DAP.

⁹⁴ Cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho...*, ob. cit., p. 49.

⁹⁵ Cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho...*, ob. cit., pp. 105 e 122 e ss; ANTONIO TRONCOSO REIGADA, *Privatización...*, ob. cit., p. 155; PAULO OTERO, *Vinculación...*, ob. cit., pp. 269 e 278; VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, ob. cit., p. 283-284.

⁹⁶ Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade...*, ob. cit., pp. 311 e 794; *Idem*, *Vinculación...*, ob. cit., pp. 269, 277-278; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga...*, ob. cit., p. 167, citando Knapp.

CAPÍTULO II - Âmbito Objectivo

1. Preliminares

O âmbito objectivo do conceito de DAP permite deslindar, no âmbito de que actividades ou funções, o legislador ou a Administração (previamente habilitada por lei) podem valer-se do princípio da liberdade de eleição para (i) eleger o Direito Privado como direito regulador de uma entidade subjectivamente pública ou para (ii) eleger uma forma organizatória privada (o que implica necessariamente a aplicação, a título principal, do Direito Privado) na criação ou mutação subjectiva de um ente destinado ao exercício de funções administrativas. Acresce que o âmbito objectivo do DAP compreende ainda (iii) as actividades ou funções administrativas cuja gestão ou exercício pode ser entregue a privados.

Desta forma, os âmbitos subjectivo e objectivo interpenetram-se através da correspondência entre as *modalidades de privatização* supra expostas – privatização do direito regulador, privatização da forma de organização e privatização da gestão ou execução de tarefas públicas –, os *sujeitos que as protagonizam* – pessoas colectivas públicas sujeitas ao Direito Privado, entidades administrativas privadas e entidades particulares com funções administrativas – e as *tarefas ou actividades* que desempenham ao abrigo do Direito Privado, ou melhor, do Direito Administrativo Privado.

Naturalmente que estão aqui implicados, de forma directa, os problemas da reserva de Direito Administrativo, em tensão permanente com a liberdade de eleição do direito aplicável, e da reserva de pessoa colectiva pública, por contraposição à liberdade de eleição de formas organizatórias privadas. Ou seja, será que é possível circunscrever um núcleo de matérias ou actividades, cujo exercício tenha - por imposição constitucional – de ser disciplinado pelo Direito Administrativo e assumido por pessoas colectivas públicas, excluindo, assim, qualquer hipótese de recurso ao Direito Privado e à personalidade jurídica privada?⁹⁷

No fundo, trata-se de perceber até onde pode chegar o movimento privatizador e, em consequência, até onde tem que ir o DAP para evitar uma fraude às vinculações jurídico-públicas que se impõem no exercício de funções administrativas, independentemente da natureza das entidades que as prosseguem e do direito que aplicam (cfr. artigo 5.º, n.º 2 do CPA).

⁹⁷ Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade...*, ob. cit., pp. 815 e 824-825.

Por outro lado, tentaremos perceber se o DAP se aplica a toda e qualquer actividade desenvolvida pela Administração sob os desígnios do Direito Privado ou se terá apenas aplicação no âmbito da realização e cumprimento de determinadas tarefas. Desta forma, tocaremos ainda o tópico da eventual autonomia privada da Administração Pública, o que faremos em breves notas.

Ora, as várias questões aqui levantadas são objecto de longo tratamento pela doutrina, sendo também variadas as orientações apresentadas.

2. Perspectiva comparada

a) Doutrina alemã

A doutrina alemã reconhece, em geral, a vigência do princípio da liberdade de eleição em ambas as suas vertentes⁹⁸.

Exclui, contudo, o exercício de tal liberdade no que confere às funções de soberania, sujeitas necessariamente ao Direito Público⁹⁹.

O âmbito privilegiado de recurso ao princípio da liberdade de eleição e de aplicação, a jusante, do DAP centra-se nos serviços públicos, embora também possa ser aplicável a outras funções administrativas de carácter cultural, consultivas ou de direcção económica¹⁰⁰.

O ponto de discórdia diz respeito às actividades de cariz comercial que, para alguns teóricos, o facto de serem desenvolvidas em mercado concorrencial, em paridade de condições com os demais operadores privados, as subordina ao Direito Privado puro, subtraindo-as, assim, do âmbito de aplicação do DAP¹⁰¹. Já outros estendem a aplicação do DAP a toda e qualquer actividade jurídico-privada da Administração Pública, independentemente da sua natureza e finalidade e mesmo que exercida em regime de concorrência¹⁰².

⁹⁸ Cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho...*, ob. cit., pp. 93 e 120; PAULO OTERO, *Vinculação...*, ob. cit., p. 281; *Idem*, *Legalidade...*, ob. cit., pp. 815-816; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga...*, ob. cit., p. 190.

⁹⁹ Cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho...*, ob. cit., pp. 105, 156, 164 e 178-179; ANTONIO TRONCOSO REIGADA, *Privatización...*, ob. cit., pp. 275-276.

¹⁰⁰ Cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho...*, ob. cit., pp. 131 e ss.

¹⁰¹ Cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho...*, ob. cit., pp. 105 e 123; ANTONIO TRONCOSO REIGADA, *Privatización...*, ob. cit., p. 146-147; Ver a doutrina alemã citada em VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, ob. cit., p. 284.

¹⁰² Ver a doutrina alemã citada em VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, ob. cit., p. 284 e em PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Os Parâmetros de Controlo da Privatização Administrativa, Instrumentos de Fiscalização Judicial da Decisão Jurídico-Pública de Privatização*, Almedina, 2009, pp. 69-70.

Na Alemanha, a doutrina divide-se também quanto aos pressupostos de exercício da liberdade de escolha: para uns, o silêncio da lei é suficiente para investir a Administração da possibilidade de optar nas formas jurídicas de actuação e de organização; para outros, só com expressa autorização legal, poderá a Administração fazê-lo¹⁰³.

b) Doutrina espanhola

Sobre o problema em estudo EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ começam por advertir que as funções e actividades assumidas pela Administração variam de acordo com os diferentes contextos históricos, sociais, culturais e económicos que se vão sucedendo ao longo do tempo¹⁰⁴.

No que respeita ao contexto actual, os Autores reconduzem o fenómeno do recurso a formas jurídicas de Direito Privado a uma ideia de instrumentalidade dessas mesmas formas e ao seu consequente aproveitamento prático pelos entes públicos, sobretudo no que tange às actividades desenvolvidas em mercado livre¹⁰⁵. Acresce que o facto de a opção por formas jurídico-privadas ser sempre uma opção/decisão pública constitui o “núcleo constante e irreduzível de carácter público” “que acompanha e precede inexoravelmente toda a actuação de Direito Privado da Administração”¹⁰⁶.

Por outro lado, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ entendem que a reserva de Direito Administrativo confina com as típicas funções administrativas, concretizadas num conceito amplo cujo conteúdo compreende toda as actividades que os particulares não podem realizar enquanto tais¹⁰⁷.

Detenhamo-nos, agora, no pensamento SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ. O Autor recorre a um *critério funcional*, por entender que é o tipo de actividade ou função administrativa em apreço que vai determinar a permeabilidade ou não ao Direito Privado na sua prossecução¹⁰⁸.

¹⁰³ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga...*, ob. cit., p. 194.

¹⁰⁴ Cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA / TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, ob. cit., p. 36.

¹⁰⁵ Cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA / TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, ob. cit., pp. 61, 425-426 e 435-438.

¹⁰⁶ Cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA / TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, ob. cit., p. 62, tradução livre.

¹⁰⁷ Cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA / TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, ob. cit., p. 65.

¹⁰⁸ Cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho...*, ob. cit., p. 94.

Concomitantemente, impera uma reserva de Direito Administrativo quanto às funções soberanas ou de autoridade¹⁰⁹ e, do lado oposto, as actividades comerciais do Estado só podem subordinar-se ao Direito Privado. Ora, à excepção destas, o princípio da liberdade de eleição e, em consequência, o recurso ao Direito Privado (ou melhor, ao DAP), é admissível em qualquer actividade administrativa.

Mas o DAP tem o seu âmbito de aplicação preferencial no domínio da actividade prestacional da Administração, isto é, em matéria de serviços públicos¹¹⁰. No pressuposto de que os serviços públicos são igualmente susceptíveis de ser realizados por entidades públicas e por particulares, o sentido do DAP consiste, deste modo, em subtrair das relações económicas da Administração Pública uma parcela a fim de, permitindo a sua prossecução ao abrigo do Direito Privado, evitar a evasão ao núcleo irredutível de preceitos de Direito Público¹¹¹.

Por sua vez, ANTONIO TRONCOSO REIGADA chama a atenção para o facto de o Estado não possuir uma capacidade jurídica privada geral que lhe permita, sem mais, escolher a forma organizativa e o regime das suas actividades. Neste sentido, pugna pela não existência de uma absoluta liberdade de eleição das formas ou do regime jurídico da Administração.

A este propósito, socorre-se da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados para concluir que, por um lado, há uma zona de certeza positiva (que compreende as actividades estruturais da Administração Pública e em relação às quais existe uma reserva de Administração e de Direito Público), uma zona de certeza negativa (preenchida pelo conjunto de actividades desenvolvidas pela Administração em regime de Direito Privado) e, por fim, uma zona de incerteza na qual reina o princípio da liberdade de eleição.

Para REIGADA, fazem parte do primeiro grupo as actividades de direcção política, as actividades de polícia (directamente relacionadas com a ordem pública, a regulação, as expropriações, os impostos, etc.) e as actividades de fomento. Por sua vez, o segundo grupo é

¹⁰⁹ Para SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, as funções soberanas são aquelas cuja realização só pode ser assegurada pela Administração. Cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho...*, ob. cit., pp. 137 e 177 e ss; *Idem*, “Claves del nuevo Derecho administrativo económico” in *Revista Española de Derecho Administrativo*, Julio-Septiembre 2007, n.º 135, Civitas, p. 428.

¹¹⁰ O Autor define *serviço público* como “medio para el resarcimiento de las necesidades sociales mediante una acción o prestación de forma continua y regular”. Cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho...*, ob. cit., pp. 408-412. Recentemente o Autor passou a fazer a distinção entre (i) serviços rentáveis e socialmente exigíveis; (ii) serviços não rentáveis, mas socialmente exigíveis; e (iii) serviços não rentáveis e não socialmente exigíveis. Cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “Claves...”, ob. cit., p. 425.

¹¹¹ Cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho...*, ob. cit., pp. 103-109, 121-128, 131 e ss; *Idem*, “Claves...”, ob. cit., p. 427-428.

composto pelas actividades comerciais desenvolvidas em regime concorrencial. Finalmente, o terceiro grupo é integrado pela actividade de serviço público e pela actividade a que REIGADA apelida de actividade instrumental logística ou de fornecimento da Administração Pública que, no fundo, corresponde à gestão do património¹¹².

c) Doutrina portuguesa

No espectro português, começamos pela posição de VITAL MOREIRA que, desde logo, constata a ausência de uma reserva constitucional do exercício de tarefas administrativas pelo Estado e demais entidades públicas. Constatação essa que assenta, por um lado, no n.º 1 do artigo 267.º da CRP que, ao admitir o desenvolvimento de actividades administrativas por “outras formas de representação democrática”, abre a porta à prossecução de tais funções a entes privados. Por outro lado, o n.º 6 do mesmo preceito refere-se expressamente ao exercício de poderes públicos por entidades privadas¹¹³.

Embora constitucionalmente autorizado, “o princípio geral é o de que só as pessoas colectivas públicas podem ser titulares de poderes administrativos”, pelo que o exercício de prerrogativas de autoridade por entidades privadas constituirá uma situação excepcional, sujeita a reserva de lei.

Todavia, o Autor inflecte o seu raciocínio e afirma que as entidades privadas não poderão ser incumbidas de exercer actividades constitucionalmente reservadas – de forma implícita ou explícita - a entidades públicas, sendo o seu âmbito de actuação preferencial a gestão de serviços públicos, a repartição das ajudas de Estado às empresas e as funções de polícia e de regulação económicas¹¹⁴.

Quanto ao direito aplicável às funções exercidas, as entidades privadas com funções públicas estão sujeitas a um “regime jurídico dualista”, ou seja, de Direito Público quando exercem funções públicas e de Direito Privado nas restantes actividades que desenvolvem¹¹⁵.

Por sua vez, PAULO OTERO começa por reconhecer que a Administração Pública integra pessoas colectivas públicas e privadas que podem, ambas, não só estar subordinadas à

¹¹² Cfr. ANTONIO TRONCOSO REIGADA, *Privatización...*, ob. cit., pp. 135-151.

¹¹³ Cfr. VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, ob. cit., p. 545.

¹¹⁴ Cfr. VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, ob. cit., p. 546-547.

¹¹⁵ Cfr. VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, ob. cit., p. 547-548.

aplicação do Direito Privado¹¹⁶ e desenvolver actividades de interesse público, mas também ser titulares de prerrogativas de autoridade¹¹⁷.

Ante a inexistência de uma disposição constitucional ou legal que imponha uma “forma unitária de organização da Administração”, PAULO OTERO é levado a concluir que efectivamente impera um princípio da liberdade de eleição das formas de organização¹¹⁸. No que confere especificamente ao Sector Empresarial do Estado, PAULO OTERO defende, inclusive, uma preferência constitucional implícita pelas formas organizatórias privadas, decorrente do princípio da eficiência do sector público (cfr. artigo 81.º, alínea *c*), segunda parte da CRP)¹¹⁹. Acresce que, neste âmbito, impera ainda, segundo o Autor, uma reserva constitucional de Direito Privado decorrente dos princípios da igualdade e da livre concorrência¹²⁰, quer se trate de entes privados ou públicos¹²¹.

Afora estas considerações, Paulo Otero conclui pela existência de:

- a) Uma reserva de Direito Administrativo e de pessoa colectiva pública nas “áreas típicas ou nucleares da actividade administrativa” como sejam a defesa nacional, a segurança e administração internas, a justiça e os negócios estrangeiros¹²²;
- b) Uma *tendencial* reserva de Direito Administrativo e de pessoa colectiva pública para “o desenvolvimento normal ou permanente de prerrogativas de autoridade”¹²³.

Em ambos os casos, as referidas reservas de Direito Administrativo e pessoa colectiva pública estão integradas numa reserva mais ampla de jurisdição administrativa, por ser esta a jurisdição competente para apreciar os litígios emergentes de relações jurídico-administrativas desenvolvidas ao abrigo do Direito Administrativo¹²⁴.

Se o campo por excelência do princípio da liberdade de eleição é o Sector Empresarial do Estado, compreendido por pessoas colectivas públicas e privadas, então o DAP (“Direito

¹¹⁶ Como já vimos, o direito regulador das pessoas colectivas privadas (ainda que integradas no conceito amplo de Administração Pública) é necessariamente o Direito Privado, por não poderem estas subordinar-se, a título principal, ao Direito Administrativo, sem prejuízo de algumas excepções. Cfr. nota 84.

¹¹⁷ Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação...*, *ob. cit.*, pp. 221-227.

¹¹⁸ Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação...*, *ob. cit.*, pp. 230-231.

¹¹⁹ Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação...*, *ob. cit.*, pp. 230-236, 250 e 256; *Idem*, *Legalidade...*, *ob. cit.*, p. 796.

¹²⁰ Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação...*, *ob. cit.*, pp. 266-267.

¹²¹ Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação...*, *ob. cit.*, pp. 293-302.

¹²² Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação...*, *ob. cit.*, pp. 237-241; *Idem*, “Coordenadas...”, *ob. cit.* p. 52.

¹²³ Neste caso, a reserva é meramente tendencial, dado ser admissível o “exercício privado de tais funções a título precário e sem carácter de permanência e, ainda aqui, sempre com base em título jurídico de poder público”. Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação...*, *ob. cit.*, pp. 237-241 e 293; *Idem*, *Legalidade...*, *ob. cit.*, pp. 825-826.

¹²⁴ Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação...*, *ob. cit.*, pp. 239 e 289-292. *Idem*, *Legalidade...*, *ob. cit.*, pp. 820-823.

Privado administrativizado ou publicizado” nas palavras de PAULO OTERO¹²⁵) tem aplicação plena nas actividades por ele desenvolvidas, sem prejuízo da sua aplicação ao sector público administrativo¹²⁶.

Passando agora para a abordagem de PEDRO GONÇALVES, em aberta contradição com o pensamento de PAULO OTERO, aquele admite que todas as tarefas públicas podem ser objecto de *estratégias de privatização*, desde que o Estado não renuncie ao cumprimento das injunções constitucionais, nomeadamente através dos deveres estaduais de garantia¹²⁷.

Relativamente à categorização das tarefas públicas¹²⁸, o Autor reparte-as em três grupos: (i) tarefas essenciais, genuínas ou naturais (ligadas à soberania, como a defesa nacional, a feitura de leis e a justiça e ao emprego da força, como a repressão criminal, a execução de decisões judiciais, a gestão de prisões e a manutenção da ordem e da segurança); (ii) tarefas constitucionalmente obrigatórias (v. g., segurança pública, serviço público de rádio e de televisão, segurança social, ensino, saúde e desporto); e (iii) tarefas impostas pela União Europeia ao Estado português¹²⁹.

Estes três grupos integram a categoria das tarefas públicas necessárias, em relação às quais, embora sejam admissíveis processos de privatização, PEDRO GONÇALVES reconhece que as mesmas não podem ser deslocadas por inteiro para a esfera privada, sob pena de ser posto em causa o princípio da *proibição do défice da estadualidade*¹³⁰.

Daqui concluímos que PEDRO GONÇALVES acaba por admitir a existência de uma reserva de Direito Administrativo e de pessoa colectiva pública no que tange às tarefas públicas necessárias, em relação às quais se impõe uma responsabilidade pública de execução¹³¹, mas sem prejuízo de estas serem, em simultâneo, cumpridas por agentes privados¹³².

¹²⁵ Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade...*, ob. cit., pp. 796-802.

¹²⁶ Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade...*, ob. cit., pp. 793-796 e 812.

¹²⁷ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, ob. cit., pp. 244-245.

¹²⁸ O conceito de tarefa pública para Pedro Gonçalves passa pela reunião de um requisito formal (exigências de legalidade) e três requisitos materiais (presença do interesse público, realização de fins constitucionais e consideração das restrições e limites constitucionais expressos), pelo que o Autor rejeita um conceito meramente formal de tarefa pública enquanto tarefa que o Estado e as demais entidades públicas assumem directamente. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, ob. cit., pp. 238-240 e 464.

¹²⁹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, ob. cit., pp. 242-244.

¹³⁰ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, ob. cit., pp. 241-245.

¹³¹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, ob. cit., p. 165.

¹³² Note-se que “tarefas públicas necessárias” não é sinónimo de “tarefas exclusivas do Estado”, pelo que, não raras vezes, as tarefas públicas necessárias contam com a concorrência do sector privado, de que são exemplos paradigmáticos a saúde e o ensino. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, ob. cit., pp. 165 e 244.

De acordo com esta perspectiva e admitindo que todas as tarefas públicas podem, em maior ou menor medida, ser sujeitas a processos de privatização, o DAP é susceptível de ser aplicado no exercício de qualquer função administrativa, seja ela necessária ou não necessária, mas desde que seja pública (o que exclui obviamente as hipóteses de privatização das tarefas).

Rejeitando, embora, a hipótese de uma reserva constitucional de Direito Administrativo no que confere ao exercício de prerrogativas de autoridade, PEDRO GONÇALVES aceita a presença de uma reserva legal. Partindo da norma do artigo 212.º, n.º 3 da CRP, no inciso em que se refere que “quando, nos termos da lei, a regulação de uma relação jurídica caiba ao direito administrativo”¹³³, o Autor conclui que “a submissão ao direito administrativo resulta, no caso de exercício de poderes públicos – por entidades públicas ou privadas – de princípios e regras jurídicas de natureza e valor legislativo”¹³⁴.

3. Apreciação e posição adoptada

A exposição de algumas teorias da doutrina alemã, espanhola e portuguesa que levámos a cabo cumpriu o propósito de versar os diferentes entendimentos quanto à existência ou não de uma reserva de Direito Administrativo e de pessoa colectiva pública. Como já referimos também, estas problemáticas relacionam-se, de forma directa, com o princípio da liberdade de eleição das formas de actuação e organização.

Ora, da conclusão extraída quanto à presença de uma reserva de Direito Administrativo e de pessoa colectiva pública, por referência a um conjunto mais ou menos delimitado de actividades ou funções administrativas, conseguimos perceber qual o âmbito objectivo de aplicação do DAP, definindo-o, aliás, de forma negativa.

Se o DAP incide nas funções administrativas sobre as quais reina o Direito Privado (enquanto direito regulador e/ou forma organizatória), em virtude da ocorrência de processos de privatização (do direito regulador, formal e da gestão ou exploração de uma função administrativa), então o DAP é aplicável às tarefas ou funções administrativas banidas do círculo das reservas de Direito Administrativo e de pessoa colectiva pública.

Daí a importância de perceber se e em que medida é possível reconhecer que determinadas matérias estão constitucionalmente confiadas ao Direito Administrativo e à

¹³³ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, ob. cit., p. 1047, nota 354.

¹³⁴ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, ob. cit., p. 1047.

forma colectiva pública. Em todas aquelas tarefas administrativas em que tal não aconteça, pode haver lugar a fenómenos privatizadores (que não a privatização das tarefas, para o que aqui releva) que conduzem à aplicação, a título principal, do Direito Privado e, nessa medida, reclamam a aplicação do DAP.

Ora, das várias soluções aventadas pela doutrina podemos concluir que todas elas reconhecem a existência de um núcleo, mais ou menos alargado, de funções administrativas cuja prossecução cabe a pessoas colectivas públicas, actantes ao abrigo do Direito Administrativo. Núcleo esse para cuja configuração concorrem diferentes factores, com especial preponderância para o carácter soberano ou típico da actividade administrativa das actividades exercidas, se bem que a concretização do que sejam “funções ligadas à soberania” e “funções típicas da actividade administrativa” varie de Autor para Autor, como tivemos oportunidade de apresentar.

Sem prejuízo do mérito de todas as orientações doutrinárias expostas, somos forçados a acompanhar PEDRO GONÇALVES quando este Autor assume, de forma expressa, a permeabilidade ao Direito Privado de todas as tarefas públicas (necessárias e não necessárias), quebrando, assim, o mito da intangibilidade das funções soberanas pelas diferentes estratégias de privatização. Embora seja de admitir que é tendencialmente inconcebível uma política de privatização das tarefas¹³⁵, há que reconhecer que as típicas funções de soberania ou autoridade não estão imunes a fenómenos de privatização¹³⁶, sobretudo de natureza funcional e de privatização da exploração ou gestão (privatização orgânico-material e orgânico-formal para PEDRO GONÇALVES)¹³⁷.

Deste modo, concluímos, pela existência de uma *tendencial* reserva de Direito Administrativo¹³⁸ e de pessoa colectiva pública para o exercício a título principal e com

¹³⁵ Apesar do referido, contam-se também fenómenos de privatização material nesta matéria, o que desvia o problema do nosso âmbito de estudo. Isto porque a conversão de uma tarefa pública numa tarefa do domínio privado (ou seja, uma autêntica *despublicatio*), coloca-a ao abrigo do Direito Privado *tout court* e, portanto, a salvo da aplicação do DAP. Sobre o concreto problema da privatização das funções relacionadas com a segurança pública, ver SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 177 e ss.

¹³⁶ Antonio Troncoso Reigada diagnostica, na realidade espanhola, fenómenos de privatização do direito regulador e das formas de organização, no seio de funções típicas de soberania. Cfr. ANTONIO TRONCOSO REIGADA, *Privatización...*, *ob. cit.*, pp. 139-146.

¹³⁷ Exemplificando, Pedro Gonçalves identifica como fenómenos de privatização funcional, no âmbito de “áreas nucleares de autoridade pública”, a colaboração privada em matéria de execução coactiva de decisões públicas e a contratação, pela Administração Pública, de empresas de segurança privada. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, *ob. cit.*, pp. 245 e 367-390.

¹³⁸ A natureza desta reserva funda-se no facto de as tarefas em causa constituírem o núcleo essencial, originário e impreterível da ideia de Estado, correspondendo, assim, a “interesses públicos absolutos”. Cfr. VITAL MOREIRA,

carácter de permanência de tarefas relacionadas com as funções de soberania. Incluímos, neste sector, as principais funções associadas aos órgãos de soberania (cfr. artigo 110.º, n.º 1 da CRP), isto é, a actividade legislativa (cfr. artigos 161.º, alínea *c*), 198.º e 228.º da CRP), a administração interna (cfr. artigo 182.º e 199.º da CRP), os negócios estrangeiros (cfr. artigos 135.º, 161.º, alínea *i*) e 197.º, n.º 1, alíneas *b*) e *c*) da CRP) e a justiça (cfr. artigo 202.º da CRP). Faz parte ainda deste reduto a defesa nacional e, portanto, a actividade desenvolvida pelo exército e pelas restantes forças de segurança (cfr. artigos 9.º, alínea *a*), 120.º, 272.º e 273.º da CRP), bem como as funções inspectivas e a actividade contra-ordenacional (cfr. artigo 30.º, n.º 10 da CRP).

Por conseguinte, o princípio da liberdade de eleição será aqui o mais limitado possível, bem como a intrusão de políticas de privatização da gestão ou exercício de tarefas públicas, ao contrário do que sucede nos demais campos de actuação estadual, sobretudo nos serviços públicos¹³⁹ e nas actividades de cariz económico¹⁴⁰, mesmo as exercidas em contexto de mercado aberto¹⁴¹.

Administración Autónoma..., ob. cit., p. 89; PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, ob. cit., p. 242, nota 423.

¹³⁹ Para uma resenha quanto aos vários sentidos e classificações do termo “serviço público” ver JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado, Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, 2008, pp. 210-212; LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Manual Elementar de Direito Público da Economia e da Regulação, Uma Perspetiva Luso-Brasileira*, Almedina, 2012, pp. 166-174; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, ob. cit., pp. 792-798; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, ob. cit., pp. 1067-1070. A vertente que mais se adequa à exposição feita neste estudo é a vertente objectiva ou material, isto é, o serviço público enquanto actividade de interesse colectivo, independentemente da natureza dos sujeitos que a prosseguem, que consiste em “facultar por modo regular e contínuo a quantos dele careçam os meios idóneos para a satisfação de uma necessidade colectiva individualmente sentida”. A título de exemplo refiram-se os serviços públicos de fornecimento de água e energia eléctrica, os transportes e as telecomunicações. Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, ob. cit., pp. 240-241.

¹⁴⁰ Refiram-se, na esteira de Vieira de Andrade, a atribuição de subvenções (v.g., bonificações de crédito, subsídios, ajudas), o fornecimento de bens ou serviços essenciais (v.g., transportes ferroviários), a gestão e utilização de instalações (v.g., portos comerciais, aeroportos) e de estabelecimentos públicos (v.g., escolas, museus, teatros públicos e hospitais) e a intervenção no mercado (v.g., SGPS). JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, ob. cit., p. 69.

¹⁴¹ Embora a doutrina maioritariamente prefira subordinar ao Direito Privado “puro” as actividades económicas exercidas em mercado concorrencial (cfr. doutrina alemã citada em VITAL MOREIRA, *Administración Autónoma...*, ob. cit., p. 284; SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho...*, ob. cit., pp. 103-109 e 121-128; ANTONIO TRONCOSO REIGADA, *Privatización...*, ob. cit., pp. 145-147), a nossa posição vai no sentido de as fazer incluir no âmbito objectivo de aplicação do DAP. Opção relacionada com a discussão em torno da autonomia privada da Administração Pública. Ora, a Administração Pública, no nosso entender, não goza de autonomia privada (ver, em sentido contrário, PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, ob. cit., pp. 253-254) porque está sempre vinculada ao fim, isto é, ao interesse público definido por lei. Com efeito, a Administração Pública não pode desenvolver uma determinada actividade sem que a mesma vise a realização de um fim que lhe é imposto pela Constituição ou pela lei (cfr. artigo 266.º da CRP). Acompanhamos, assim, Paulo Otero que afirma que a iniciativa económica pública não pode ser exercida com o mero intuito da obtenção de lucros (cfr. PAULO OTERO, *Vinculação...*, ob. cit., pp. 126 e ss.). A Administração Pública, mesmo exercendo actividades em regime de concorrência com operadores privados, não pode ser tomada nas vestes de um mero particular que, por mais instrumentos de Direito Privado a que recorra, não poderá assumir. Isto porque a *ratione agere* da Administração não se funda na satisfação de interesses por si livremente determinados, mas,

Uma vez exercida tal liberdade a favor do Direito Privado e/ou da forma de pessoa colectiva privada, a actividade exercida pela entidade em causa está subordinada aos postulados do DAP. O mesmo acontece com as entidades particulares com funções administrativas, cuja integração no âmbito do conceito de Administração Pública depende integralmente do pressuposto da prossecução de uma função administrativa. Ora, no exercício da função administrativa de que foram incumbidas, estas entidades estão também sujeitas ao DAP.

No que respeita às actividades administrativas exercidas em mercado concorrencial, esclareça-se que a subordinação ao DAP actua em favor dos particulares e não tem qualquer interferência em matéria de concorrência e igualdade dos agentes económicos que operam em mercado aberto. Apesar de, nesta matéria, a Administração Pública ter que actuar despida de quaisquer prerrogativas de autoridade (prerrogativas essas que representam um factor de distorção da livre concorrência e da igualdade que se pretendem salvaguardar numa economia de mercado¹⁴²), tal não prejudica a aplicação do DAP enquanto valência de protecção dos cidadãos que com ela se relacionam.

A opção por estender ao máximo a aplicação do DAP resulta em benefício dos direitos dos cidadãos que, nas relações jurídicas que estabeleçam com entidades públicas sujeitas ao Direito Privado, entidades administrativas privadas e entidades particulares com funções administrativas, vêem as suas posições jurídicas protegidas por um núcleo de vinculações de que se poderão valer frente àquelas.

Por ser o regime que mais favorece os particulares, na dúvida deve sempre aplicar-se o DAP, chamando à colação os Direitos Fundamentais e os princípios gerais da actividade administrativa em toda e qualquer actuação jurídico-privada da Administração Públicas, nas suas diferentes dimensões.

Ademais, só uma extensão máxima da aplicação do DAP poderá efectivamente funcionar como antídoto aos intuitos de fuga para o Direito Privado, sempre que o recurso à

pelo contrário, nos fins que lhe são pré-determinados pela lei. Por outras palavras, a Administração Pública executa, aplica e põe em prática o que lhe é superiormente determinado, pelo que é uma “actividade totalmente subordinada à lei: *a lei é o fundamento, o critério e o limite de toda a actividade administrativa*” (cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, *ob. cit.*, p. 46). Para um estudo aprofundado desta matéria ver JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *ob. cit.*, pp. 465 e ss; MARIA DA GLÓRIA GARCIA, “As transformações do Direito Administrativo na utilização do Direito Privado pela Administração Pública – reflexões sobre o lugar do Direito no Estado”, *STVDIA IVRIDICA* 60, BFDUC, Coimbra Editora, 2001, pp. 345-359; PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Os Parâmetros...*, *ob. cit.*, pp. 53-60; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga...*, *ob. cit.*, pp. 207 e ss. Ver ainda a contraposição feita entre “autonomia pública” e “autonomia privada” em JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil Teoria Geral*, Vol. I, *Introdução, As Pessoas, Os Bens*, 2.^a Ed., Coimbra Editora, 2000, p. 13.

¹⁴² Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação...*, *ob. cit.*, pp. 242-243 e 246-247.

privatização acarrete, ainda que de forma reflexa, a ilusão do reduto das garantias dos administrados.

Esta constatação implica, contudo, que uma mesma entidade possa estar sujeita a aplicação de diferentes disciplinas jurídicas, consoante a actividade que assume em concreto, o que não deixa de ser introduzir aqui um elemento de confusão.

Vejamos. O exercício de funções públicas por parte de entidades públicas subordinadas ao Direito Privado, entidades administrativas privadas e entidades particulares com funções administrativas, rege-se, em geral, pelo DAP. No entanto, apontam-se duas variantes suplementares. Por um lado, tais entidades estão também sujeitas à aplicação do Direito Administrativo, a título principal, quando actuam investidas de prerrogativas de autoridade¹⁴³⁻¹⁴⁴. E, por outro, as entidades particulares com funções administrativas, estão ainda sujeitas à aplicação do Direito Privado *tout court*, na medida em que prossigam actividades não susceptíveis de ser reconduzidas à noção de funções administrativas¹⁴⁵.

Trata-se de uma manifestação da complexidade actual do Direito, atenta a mescla imposta pelo fenómeno privatizador. Deparamo-nos, assim, com um conjunto de entidades multifacetadas: para cada uma das facetas, um direito regulador.

Finalmente, o meio-termo que representa o DAP, permite que, no desenvolvimento das mais variadas funções administrativas, possam ser aproveitadas todas as *alegadas* vantagens dos instrumentos jusprivatísticos, sem, com isso, esmagar as garantias constitucionalmente reconhecidas aos cidadãos frente à Administração.

¹⁴³ Na noção de Pedro Gonçalves, prerrogativas de autoridade são “poderes – estabelecidos por normas de direito público – conferidos a um sujeito para, por acto unilateral praticado no desempenho da função administrativa, editar regras jurídicas, provocar a produção de efeitos com repercussão imediata na esfera jurídica de terceiros, produzir declarações às quais a ordem jurídica reconhece uma força especial ou ainda empregar meios de coacção sobre pessoas ou coisas”. Para mais desenvolvimentos sobre o assunto, ver PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, *ob. cit.*, pp. 590 e ss; VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, *ob. cit.*, p. 547; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, *ob. cit.*, pp. 24 e ss.; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, *ob. cit.*, pp. 183 e ss; JOSEFA CANTERO MARTINEZ, “A vueltas com el ejercicio de potestades públicas y su ejercicio por los particulares. Nuevos retos para el Derecho Administrativo”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, Julio-Septiembre 2011, n.º 151, Civitas, pp. 633 e ss..

¹⁴⁴ Acompanhamos, deste modo, a posição de Pedro Gonçalves que defende uma mera reserva legal de Direito Administrativo para o exercício de prerrogativas de autoridade. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, *ob. cit.*, pp. 1044-1047. Trata-se, todavia, de uma reserva legal de Direito Administrativo, não acoplada de uma reserva de pessoa colectiva pública, já que as pessoas colectivas privadas também podem ser titulares de tais prerrogativas (cfr. artigo 267.º, n.º 6 da CRP).

¹⁴⁵ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, *ob. cit.*, pp. 1044 e ss.

CAPÍTULO III - Âmbito Material

1. Preliminares

Através da delimitação do âmbito material do DAP, procuramos perceber por que normas e princípios jurídicos é aquele integrado. Desta forma, concluiremos também pelo grau ou nível de conformação do Direito Privado em virtude da sua transmutação pelo DAP.

Por conseguinte, acompanhamos SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ quando este Autor é peremptório ao afirmar que o Direito Privado aplicável à Administração Pública não pode ser o Direito Privado que regula as situações jurídicas protagonizadas por simples cidadãos¹⁴⁶. Na mesma linha, citamos BLAISE KNAPP, impressionante ao afirmar que “o Direito Privado, como tal, não é aplicável à actividade administrativa”¹⁴⁷.

De facto, o DAP é uma fórmula que combina a sujeição ao Direito Privado com a subordinação a um conjunto de vinculações próprias do Direito Administrativo.

Neste sentido, a opção pelo Direito Privado traduz-se na opção por um “regime jurídico-privado iuspublificado”¹⁴⁸.

Vejamos em que termos.

O núcleo duro do DAP é composto pelos (i) Direitos Fundamentais e (ii) pelos princípios basilares da actividade administrativa (conteúdo genericamente reconhecido pela doutrina)¹⁴⁹, aos quais PAULO OTERO acrescenta o (iii) princípio da constitucionalidade¹⁵⁰. Isto significa que, não obstante o exercício da actividade administrativa possa ser regulado, em primeira linha, pelo Direito Privado, a entidade em causa (pessoa colectiva pública sujeita

¹⁴⁶ Cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho...*, ob. cit., p. 101. Ver no mesmo sentido, PAULO OTERO, *Vinculação...*, ob. cit., pp. 269, 277-278, 288 e ss e 293-294. *Idem*, *Legalidade...*, ob. cit., pp. 311 e 794.

¹⁴⁷ Cfr. BLAISE KNAPP, *Précis de Droit Administratif*, 2.^a ed., Bâle, 1982, pp. 12 e 13 citado em MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga...*, ob. cit., p. 137.

¹⁴⁸ Cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho...*, ob. cit., p. 105.

¹⁴⁹ Cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho...*, ob. cit., p. 103 e 105; ANTONIO TRONCOSO REIGADA, *Privatización...*, ob. cit., pp. 154-155; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, ob. cit., p. 389; *Idem*, “Os contratos económicos...”, ob. cit., pp. 104 e 106; VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, ob. cit., p. 284; PAULO OTERO, *Vinculação...*, ob. cit., p. 289; IDEM, *Legalidade...*, ob. cit., pp. 795-796, 798 e 801; PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, ob. cit., pp. 285-286, 291-292 e 1044; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, ob. cit., p. 222, nota 86.

¹⁵⁰ Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação...*, ob. cit., p. 289; IDEM, *Legalidade...*, ob. cit., pp. 795-796. Ver, no mesmo sentido, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Os Parâmetros...*, ob. cit., p. 70.

ao Direito Privado, entidade administrativa privada ou entidade particular com funções administrativas) terá sempre que respeitar aquele conjunto de normativos¹⁵¹.

Neste contexto, atente-se no artigo 2.º, n.º 5 do CPA, nos termos do qual *os princípios gerais da actividade administrativa do presente Código e as normas que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer actuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada*.

O preceito transcrito estende a aplicação dos princípios gerais da actividade administrativa e das normas que concretizam comandos constitucionais (relativos, naturalmente, àqueles princípios, mas também aos direitos fundamentais) “a toda e qualquer actuação da Administração Pública”.

Ora, como está bom de ver, o legislador não fez qualquer distinção quanto à “actuação” administrativa em causa, nem impôs um concreto sentido a atribuir ao conceito de “Administração Pública”. Por conseguinte, os referidos princípios e normas aplicam-se, quer à actuação jurídico-público, quer à actuação jurídico-privada, perpetrada por todas as pessoas públicas ou privadas susceptíveis de serem enquadradas na Administração Pública, seja essa integração institucional (tal como sucede com as pessoas colectivas públicas sujeitas ao Direito Privado e com as entidades administrativas privadas) ou funcional (como é o caso das entidades particulares com funções administrativas).

Acresce que o inciso final “ainda que meramente técnica ou de gestão privada”¹⁵² apresenta um carácter exemplificativo, pelo que o sentido da norma não se restringe à activada técnica ou de gestão privada da Administração, podendo abranger, outrossim, toda a actividade administrativa exercida ao abrigo do Direito Privado (no que diz respeito às formas de actuação e às formas de organização), bem como o desenvolvimento de funções administrativas por entidades particulares, especificamente investidos dessas mesmas funções.

Deste modo, a definição do âmbito material do DAP conta uma base legal expressa, contemplada no n.º 5 do artigo 2.º do CPA.

¹⁵¹ Cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho...*, ob. cit., pp. 103 e 105; VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, ob.cit., pp. 284, 548 e 549.

¹⁵² Sobre os conceitos de “actividade técnica” e “gestão privada”, ver MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO COSTA GONÇALVES / J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª Ed. (7.ª reimpressão da edição de 1997), Almedina, 2007, pp. 67 e ss.

Mas, para além, do artigo 2.º, n.º 5 do CPA (diploma de carácter geral), outras normas, espalhadas por diplomas avulsos, fazem apelo à aplicação do DAP. Vejam-se, por exemplo, as seguintes:

- a) Artigo 48.º, alíneas *a)* e *b)* da Lei-Quadro das Fundações, nos termos do qual as fundações públicas sujeitas ao Direito Privado e as fundações privadas com origem pública estão sujeitas aos *princípios constitucionais de Direito Administrativo* e aos *princípios gerais da actividade administrativa*;
- b) Artigo 134.º, n.º 2 da Lei n.º 62/2007, de 10 de Setembro, relativo ao regime jurídico das instituições de ensino superior públicas de natureza fundacional e que preceitua que *o regime de Direito Privado não prejudica a aplicação dos princípios constitucionais respeitantes à Administração Pública, nomeadamente a prossecução do interesse público, bem como os princípios da igualdade, da imparcialidade, da justiça e da proporcionalidade*.

Isto posto, passamos em revista os três componentes do âmbito material do DAP.

2. Vinculação aos Direitos Fundamentais

Relativamente aos Direitos Fundamentais, é sabido que, nos termos do artigo 18.º, n.º 1 da CRP, os direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam todas as entidades públicas e privadas¹⁵³⁻¹⁵⁴.

Sem prejuízo das variantes doutrinárias quanto à eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais, parece ser de admitir com firmeza que as entidades privadas e os meros particulares se encontram vinculadas por aqueles, se bem que os termos dessa vinculação varie consoante a posição doutrinal perfilhada¹⁵⁵.

¹⁵³ Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Reimpressão da 7.ª Edição de 2003, Almedina, 2013, pp. 438 e ss.; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, *Direitos Fundamentais*, 5.ª Edição, Coimbra Editora, 2012, pp. 319 e 321; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª Edição, Almedina, 2012, p. 205.

¹⁵⁴ Não obstante o artigo 18.º da CRP se referir somente aos Direitos, Liberdades e Garantias, perfilhamos aqui uma *visão unitária* dos Direitos Fundamentais, no sentido de submeter ao regime constitucional daqueles, todos os Direitos, Económicos, Sociais e Culturais intimamente relacionados com a ideia de dignidade da pessoa humana. Cfr. JOÃO PACHECO DE AMORIM, “A instrução do procedimento: pareceres vinculativos e audiência dos interessados no Código do Procedimento Administrativo” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 82, Julho/Agosto de 2010, pp. 30-31.

¹⁵⁵ Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *ob. cit.*, pp. 448, 483-484 e 1283 e ss.; JORGE MIRANDA, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 331-340; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *ob. cit.*, pp. 220 e 229 e ss.; VASCO PEREIRA DA SILVA, “A vinculação das entidades privadas pelos direitos,

Todavia, o problema assume novos contornos quando nos deparamos com entidades privadas no exercício de funções de Direito Público, mormente administrativas. Isto porque o grau de vinculação aos Direitos Fundamentais difere consoante se trate de uma entidade pública ou de uma entidade privada¹⁵⁶.

Sucedem, porém, que nem sequer é necessário colocar este problema no âmbito das entidades que preenchem o âmbito subjectivo do DAP, dado que todas elas são susceptíveis de ser reconduzidas ao conceito de “entidades públicas” empregue no n.º 1 do artigo 18.º da CRP.

Como escreve VIEIRA DE ANDRADE “«entidades públicas», para efeitos do artigo 18.º, não é necessariamente a mesma coisa que «pessoas colectivas públicas»”¹⁵⁷. Neste sentido, o conceito de “entidades públicas” abarca (i) as pessoas colectivas públicas sujeitas ao Direito Privado e as pessoas colectivas privadas, com ou sem prerrogativas de autoridade, ou seja, (ii) as entidades administrativas privadas e ainda (iii) as entidades particulares com funções administrativas¹⁵⁸.

Deste modo, quer as entidades compreendidas na Administração Pública em sentido institucional (as duas primeiras), quer as entidades compreendidas na Administração Pública em sentido funcional (as últimas), são, de igual modo, sujeitos passivos de Direitos Fundamentais¹⁵⁹.

No que concerne às *pessoas colectivas públicas, objecto de um processo de privatização do direito aplicável*, dúvidas não se levantam quanto à sua vinculação aos Direitos Fundamentais, desde logo, porque são entidades formalmente públicas.

liberdades e garantias”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXIX (II da 2.ª Série), n.º 2, Almedina, Abril-Junho de 1987, pp. 259 ss; PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, *ob. cit.*, pp. 1038 e 1039; JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, *Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º*, 2.ª Ed., Coimbra Editora, 2010, pp. 333-342.

¹⁵⁶ Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *ob. cit.*, pp. 229 e ss; VASCO PEREIRA DA SILVA, “A vinculação...”, *ob. cit.*, pp. 270 a 273.

¹⁵⁷ Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *ob. cit.*, p. 220.

¹⁵⁸ Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *ob. cit.*, pp. 222-223 e 245, nota 40. Expressando igualmente a ideia de que “a vinculação das entidades públicas aos direitos, liberdades e garantias constitui um limite intransponível ao movimento de fuga para o Direito Privado”, nas suas várias dimensões, ver JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, *ob. cit.*, p. 323, 327-328 e ainda J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1.º a 107.º*, Vol. I, 4.ª Ed., Coimbra Editora, 2007, p. 384. Para maiores desenvolvimentos sobre esta matéria, nomeadamente quanto às perspectivas da doutrina alemã, ver MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga...*, *ob. cit.*, pp. 223-240.

¹⁵⁹ No que diz respeito ao Sector Empresarial do Estado e contrariamente a este entendimento, Paulo Otero entende que a vinculação ao “Direito Privado administrativizado” por parte das entidades empresariais de tipo societário (ou seja, na nomenclatura adoptada neste estudo, das entidades administrativas privadas) consubstancia uma vinculação de “grau inferior” face ao sucedido com as pessoas colectivas públicas, o que nos leva a inferir que Paulo Otero admite uma menor ou mais frágil subordinação aos Direitos Fundamentais por parte daquelas. Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação...*, *ob. cit.*, p. 278; *Idem*, *Legalidade...*, *ob. cit.*, p. 802.

As *entidades administrativas privadas* estão igualmente sujeitas aos Direitos Fundamentais nos mesmos termos das entidades públicas (equiparação institucional), graças à sua integração institucional no seio da Administração Pública¹⁶⁰.

Não obstante a ambivalência do seu estatuto, as *entidades particulares que assumem funções administrativas* devem, na estrita medida em que desempenham funções administrativas, ser equiparadas a entidades públicas (equiparação funcional), de maneira a reforçar a sua vinculação aos Direitos Fundamentais.¹⁶¹

Para além do artigo 18.º, n.º 1, o respeito pelos Direitos Fundamentais resulta também do artigo 266.º, n.º 2 da CRP, na medida em que a Administração Pública está subordinada à Constituição. Assim, na sua actuação as entidades referidas estão obrigadas a proceder de molde a salvaguardar os Direitos Fundamentais dos cidadãos que com elas se relacionam.

Ao necessário respeito pelos Direitos Fundamentais em geral, previstos nos Títulos II e III da Parte I da CRP, é ainda mais premente, neste contexto, o respeito pelos Direitos Fundamentais dos administrados.

Estamos, portanto, a referir-nos a uma parte essencial da denominada “Constituição Administrativa”¹⁶², dedicada aos “direitos fundamentais dos administrados”¹⁶³. Trata-se de um conjunto de preceitos – que, na prática, assumem um carácter adjectivo ou procedimental - que comportam um dever para a Administração Pública e o correspondente direito dos administrados e que passamos a elencar¹⁶⁴:

¹⁶⁰ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, ob. cit., p. 1041. Ver, no mesmo sentido, J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, Vol. I, ob. cit., p. 442; JORGE MIRANDA, *Manual...*, ob. cit., pp. 328-329; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, ob. cit., pp. 222 a 224.

¹⁶¹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, ob. cit., p. 1041. Ver, no mesmo sentido, J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, Vol. I, ob. cit., p. 442; JORGE MIRANDA, *Manual...*, ob. cit., pp. 328-329; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, ob. cit., pp. 222 a 224.

¹⁶² “Conjunto dos princípios e normas constitucionais respeitantes à administração pública”. Cfr. VITAL MOREIRA, “Constituição e direito administrativo (A «constituição administrativa» portuguesa)” in *AB VNO AD OMNES, 75 anos da Coimbra Editora 1920-1995*, Coimbra Editora, 1998, p. 1141; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, ob. cit., p. 40.

¹⁶³ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Os Direitos Fundamentais após a Revisão Constitucional de 1989” in *Direito e Justiça*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Vol. VI, 1992, pp. 287-291.

¹⁶⁴ Ver, por todos, J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP Constituição...*, Vol. II, ob. cit., pp. 814 e 820-828; JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, *Organização do Poder Político, Garantia e Revisão da Constituição, Disposições finais e transitórias, Artigos 202.º a 296.º*, Coimbra Editora, 2007, pp. 590-591 e 598-608.

- a) *Direito à informação sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados* (cfr. artigo 268.º, n.º 1 da CRP e artigo 61.º do CPA)¹⁶⁵;
- b) *Direito de acesso aos arquivos e registos administrativos* (cfr. artigo 268.º, n.º 2, artigo 65.º do CPA e Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto)¹⁶⁶;
- c) *Direito à notificação das decisões* (cfr. artigo 268.º, n.º 3 da CRP e artigos 66.º a 70.º do CPA)¹⁶⁷;
- d) *Direito à fundamentação das decisões* (cfr. artigo 268.º, n.º 3 e artigos 124.º a 126.º do CPA)¹⁶⁸;
- e) *Direito de participação* (cfr. artigo 267.º, n.º 1 e artigos 8.º e 52.º do CPA)¹⁶⁹;
- f) *Direito à audiência dos interessados* (cfr. artigo 267.º, n.º 5 e artigos 8.º e 100.º e ss. do CPA)¹⁷⁰.

Note-se que os direitos dos administrados consagrados no artigo 268.º da CRP consubstanciam, em geral, Direitos Fundamentais de natureza análoga a Direitos, Liberdades e Garantias (cfr. artigo 17.º da CRP)¹⁷¹, o que lhes confere uma posição reforça no domínio dos Direitos Fundamentais.

¹⁶⁵ Para mais desenvolvimentos sobre este direito, ver DIOGO FREITAS DO AMARAL, “Direitos Fundamentais” in *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa, 1986, pp. 13-14; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Os direitos fundamentais...”, *ob. cit.*, pp. 291-296.

¹⁶⁶ Para mais desenvolvimentos sobre este tópico, ver MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Os direitos fundamentais...”, *ob. cit.*, pp. 296-317.

¹⁶⁷ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, *ob. cit.*, p. 1043; VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, *ob. cit.*, p. 548. Para maiores desenvolvimentos sobre este direito ver DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, *ob. cit.*, pp. 409-411; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Os direitos fundamentais...”, *ob. cit.*, pp. 317-319; PEDRO GONÇALVES, “Notificação dos actos administrativos (notas sobre a génese, âmbito, sentido e consequências de uma imposição constitucional)”, in *AB VNO AD OMNES, 75 anos da Coimbra Editora 1920-1995*, Coimbra Editora, 1998, pp. 1091-1121.

¹⁶⁸ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, *ob. cit.*, p. 1043; VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, *ob. cit.*, p. 548. Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, ver DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, *ob. cit.*, pp. 387-396; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Os direitos fundamentais...”, *ob. cit.*, pp. 317-319.

¹⁶⁹ Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, ver SÉRVULO CORREIA, “Os princípios constitucionais da Administração Pública”, in *Estudos Sobre a Constituição*, Coordenação de Jorge Miranda, Vol. III, 1997, pp. 681-686;

¹⁷⁰ Para maiores desenvolvimentos sobre este direito, ver DIOGO FREITAS DO AMARAL, “Direitos Fundamentais...”, *ob. cit.*, pp. 14-17; SÉRVULO CORREIA, “Os princípios constitucionais...”, *ob. cit.*, pp. 687-688;

¹⁷¹ Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP Constituição...*, *ob. cit.*, pp. 374 e 820. A este propósito, Jorge Miranda circunscreve a Direitos Fundamentais de natureza análoga a Direitos, Liberdades e Garantias os direitos à informação procedimental e à fundamentação das decisões. Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 175-183 e, em especial, p. 178; JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, *ob. cit.*, p. 307. Especificamente no que diz respeito ao direito à fundamentação das decisões, Vieira de Andrade entende que não é possível autonomiza-lo como um direito fundamental e, nessa medida, também não o reconhece como direito de natureza análoga a Direitos, Liberdades e Garantias. Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*, Almedina, Coimbra, 1992, pp. 192-204; *Idem*, *Os Direitos Fundamentais...*, *ob. cit.*, p. 187.

No fundo, o DAP acarreta a procedimentalização¹⁷² da actividade administrativa desenvolvida pelos sujeitos em apreço, obrigando-os a observar um conjunto de trâmites a que não estariam adstritos se se tratasse de meras entidades particulares no exercício de actividades do domínio privado¹⁷³.

Tal procedimentalização cumpre primordialmente o objectivo de resguardar os direitos e interesses dos cidadãos, constituindo, portanto, o DAP um verdadeiro antídoto a propósitos de fuga às vinculações jurídico-públicas da clássica Administração Pública. Mas, mais do que isso, o DAP permite, desta forma, uma adaptação do Direito Administrativo às novas realidades que têm vindo a impor-se no exercício da função administrativa.

3. Vinculação aos princípios gerais da actividade administrativa

Por sua vez, os princípios gerais da actividade administrativa também fazem parte do âmbito material do DAP. Inclui-se aqui um conjunto de preceitos de carácter substantivo como sejam todos os elencados no artigo 266.º da CRP¹⁷⁴⁻¹⁷⁵⁻¹⁷⁶.

- a) *Princípio da prossecução do interesse público* (cfr. artigo 266.º, n.º 1 da CRP e artigo 4.º do CPA)¹⁷⁷;
- b) *Princípio do respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos* (cfr. artigo 266.º, n.º 1 da CRP e artigo 4.º do CPA);
- c) *Princípio da juridicidade* (cfr. artigo 266.º, n.º 2 da CRP e artigo 3.º do CPA)¹⁷⁸;
- d) *Princípio da igualdade* (cfr. artigo 266.º, n.º 2 da CRP e artigo 5.º, n.º 1 do CPA);

¹⁷² Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga...*, ob. cit., pp. 241-260.

¹⁷³ Note-se que a actividade não administrativa desenvolvida pelas entidades particulares com funções administrativas não está sujeita à referida procedimentalização, dado que, no exercício de actividade do domínio privado, tais entidades actuam como autênticos privados.

¹⁷⁴ Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação...*, ob. cit., pp. 288-289; PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, ob. cit., p. 1043; J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 108.º a 296.º*, Vol. II, 4.ª Ed., Coimbra Editora, 2010, pp. 793-794.

¹⁷⁵ Ver, por todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, ob. cit., pp. 39-160; J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 108.º a 296.º*, Vol. II, 4.ª Ed., Coimbra Editora, 2010, pp. 795-804; JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, ob. cit., Coimbra Editora, 2007, pp. 559-577;

¹⁷⁶ Como o demonstra o elenco que se segue, incluímos no âmbito material do DAP, no que concerne aos princípios gerais da actividade administrativa, somente os princípios compreendidos nos artigos 4.º a 6.º-A do CPA. Estes são os princípios da actividade administrativa de aplicação geral que a Constituição isolou em sede própria. O mesmo já não sucede com os princípios compreendidos nos artigos 7.º e seguintes do CPA, cuja incidência releva sobretudo no domínio da organização e procedimento administrativo e cuja relevância em termos de DAP é menor.

¹⁷⁷ Sobre o problema da prossecução do interesse público no domínio da actividade de Direito Privado da Administração, ver MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga...*, ob. cit., pp. 167-173.

¹⁷⁸ Cfr. SÉRVULO CORREIA, "Os princípios constitucionais...", ob. cit., pp. 664-677.

- e) *Princípio da proporcionalidade* (cfr. artigo 266.º, n.º 2 da CRP e artigo 5.º, n.º 2 do CPA);
- f) *Princípio da justiça* (cfr. artigo 266.º, n.º 2 da CRP e artigo 6.º do CPA)¹⁷⁹;
- g) *Princípio da imparcialidade* (cfr. artigo 266.º, n.º 2 da CRP e artigo 6.º do CPA)¹⁸⁰;
- h) *Princípio da boa fé* (cfr. artigo 266.º, n.º 2 da CRP e artigo 6.º-A do CPA).

Pela sua especial relevância, nesta matéria, daremos um pouco mais de ênfase aos princípios da prossecução do interesse público e da legalidade administrativa.

Ora, mesmo actuando ao abrigo de expedientes jurídico-privados, o interesse público representa o desígnio orientador de toda a actividade da Administração Pública, incluindo da Administração delegada ou concessionada¹⁸¹.

Sendo o interesse público o fim institucional de todas as entidades que integram o conceito de Administração (em sentido institucional e funcional), tal constatação remete-nos directamente para o *princípio da especialidade* (cfr. artigo 160.º do CC)¹⁸², que subjaz a qualquer pessoa colectiva e que “aplicado a estas pessoas determina que os seus poderes só podem ser exercidos para alcançar os fins institucionais, isto é, interesses públicos”¹⁸³.

No caso das entidades particulares com funções administrativas, é equacionável uma eventual “colisão” entre interesses públicos e interesses privados, o que, naturalmente, só poderá ser obviado através de uma competente fiscalização por parte da entidade pública responsável¹⁸⁴.

¹⁷⁹ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, “Direitos Fundamentais..., *ob. cit.*, pp. 18-22; *Idem*, “O princípio da justiça no artigo 266.º da Constituição”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, STVDIA IVRIDICA 61, BFDUC, Coimbra Editora, 2001, pp. 685-704; SÉRVULO CORREIA, “Os princípios constitucionais..., *ob. cit.*, pp. 677-681.

¹⁸⁰ Cfr. SÉRVULO CORREIA, “Os princípios constitucionais..., *ob. cit.*, pp. 677-681.

¹⁸¹ Cfr. SÉRVULO CORREIA, “Os princípios constitucionais..., *ob. cit.*, p. 662; J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP Constituição...*, Vol. II, *ob. cit.*, p. 796; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga...*, *ob. cit.*, pp. 168-173.

¹⁸² Para maiores desenvolvimentos ver JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, *ob. cit.*, pp. 261-263; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, *Parte Geral*, Tomo III, *Pessoas*, 2.ª Ed., Almedina, 2007, pp. 643 e ss.

¹⁸³ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, *ob. cit.*, pp. 202-203; SÉRVULO CORREIA, “Os princípios constitucionais..., *ob. cit.*, p. 664. Sobre esta matéria, ver ainda JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *ob. cit.*, pp. 529-530; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, *ob. cit.*, p. 45; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga...*, *ob. cit.*, pp. 199-206.

¹⁸⁴ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, *ob. cit.*, p. 1043.

Relativamente ao princípio da legalidade administrativa (hoje concebido de forma mais ampla, sob a designação de princípio da juridicidade¹⁸⁵), também pode causar estranheza a subordinação de entidades privadas a tal princípio, sobretudo nas suas vertentes de precedência e reserva de lei.

As entidades privadas a que nos reportamos são entidades que exercem funções administrativas e, nessa medida, devem actuar nos estritos limites impostos pelo princípio da legalidade, tal qual sucede com os entes que integram a Administração Pública em sentido institucional. Lançamos mão, assim, de um argumento de identidade de razão.

Sem prejuízo das observações feitas quanto aos princípios da prossecução do interesse público e da legalidade administrativa, são os princípios gerais da actividade administrativa de dimensão individual que têm maior intensidade no domínio do DAP. Estamos a referir-nos, em particular, aos princípios da igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé que, no seu conjunto, traduzem numa ideia de proibição de arbítrio e de ética pública.

4. Vinculação ao princípio da constitucionalidade

O terceiro e último elemento do âmbito material do DAP é o *princípio da constitucionalidade* (cfr. artigo 3.º, n.º 3 da Constituição)¹⁸⁶. De acordo com este princípio, a prática de actos desconformes com a Constituição por parte de “entidades públicas”¹⁸⁷ inquina-os de invalidade¹⁸⁸.

Trata-se de um princípio implicitamente já referido, a propósito da vinculação ao princípio da juridicidade, consagrado no artigo 266.º, n.º 2 da CRP, pelo que a sua autonomização pretende somente dar-lhe um especial destaque enquanto cláusula de salvaguarda. Este princípio desdobra-se em quatro elementos: competência, forma, processo e conteúdo. Isto é, o princípio da constitucionalidade impõe que um determinado acto tenha que ser praticado pelo sujeito com *competência* para o efeito, com observância da *forma* e do

¹⁸⁵ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, *ob. cit.*, p. 56; J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP Constituição...*, Vol. II, *ob. cit.*, p. 799; JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, *ob. cit.*, p. 563.

¹⁸⁶ Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação...*, *ob. cit.*, p. 289; *Idem*, *Legalidade...*, *ob. cit.*, pp. 795-796. Ver, no mesmo sentido, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Os Parâmetros...*, *ob. cit.*, p. 70.

¹⁸⁷ Quanto ao conceito de “entidades públicas” valem aqui, de igual modo, as considerações tecidas a propósito do artigo 18.º, n.º 1 da CRP. No mesmo sentido, cfr. Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, Vol. I, *ob. cit.*, p. 218.

¹⁸⁸ Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, Vol. I, *ob. cit.*, pp. 217-218; JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, *ob. cit.*, pp. 120-121.

processo previstos na Constituição, não podendo o seu *conteúdo* afrontar princípios ou normas constitucionais, sob pena de invalidade do mesmo¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, Vol. I, *ob. cit.*, p. 217.

CAPÍTULO IV - Âmbito Processual

1. Preliminares

Do ponto de vista processual, levanta-se o problema fundamental de saber qual a jurisdição competente para apreciar e julgar litígios emergentes de relações jurídicas que se desenvolveram sob a égide do DAP.

Pretendemos, assim, determinar quais os tribunais competentes para dirimir um litígio concreto que oponha um sujeito passivo de DAP (isto é, uma pessoa colectiva pública sujeita ao Direito Privado, uma entidade administrativa privada ou uma entidade particular com funções administrativas) e um cidadão ou ente particular, no qual possa vir a discutir-se a observância ou não dos Direitos Fundamentais, dos princípios basilares da actividade administrativa e demais preceitos constitucionais eventualmente aplicáveis.

Teoricamente, ambas as jurisdições – comum e administrativa – seriam aptas a julgar os litígios que se desenvolveram sob a égide do DAP e que, por isso, implicam a necessidade de conhecer e aplicar regimes jurídicos de Direito Privado e de Direito Público.

A abordagem deste problema passa, por um lado, pela qualificação da relação jurídica subjacente ao litígio e, por outro, por aferir, de acordo com um critério de competência material, qual a jurisdição melhor colocada para julgar este tipo de litígios. Tenhamos presente, desde já, que as leis processuais não oferecem uma solução clara para este problema.

2. Qualificação da relação jurídica

A relação jurídica administrativa consubstancia o critério de delimitação material do âmbito de aplicação da jurisdição dos Tribunais Administrativos¹⁹⁰, nos termos do preceituado no artigo 212.º, n.º 3 da CRP e no artigo 1.º, n.º 1 do ETAF.

Embora por razões de economia não nos seja aqui possível dissertar longamente sobre o conceito de relação jurídico-administrativa¹⁹¹, esta compreende tantos elementos quantos os

¹⁹⁰ Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 11.ª Edição, Almedina, 2011, p. 47.

¹⁹¹ Nas palavras de Vieira de Andrade, o conceito de «*relação jurídica administrativa*» para efeitos de delimitação do âmbito material da jurisdição administrativa, deve abranger a generalidade das relações jurídicas *externas* ou *intersubjectivas* de carácter administrativo, seja as que se estabeleçam entre os particulares e os *entes* administrativos, seja as que ocorram entre sujeitos administrativos»¹⁹¹. Acrescenta Vieira de Andrade que a noção de relação jurídico-administrativa apresenta três vertentes ou sentidos: (i) um *sentido subjectivo*, nos termos do qual a relação jurídica-administrativa é aquela em que uma das partes é a Administração Pública; (ii)

vocábulos que a compõem. Assim, tratando-se de uma *relação*, estamos necessariamente na presença de dois ou mais interlocutores: pessoas colectivas públicas e privadas, órgãos administrativos e particulares que se relacionam entre si, nas mais variadas combinações. Esta relação é uma relação *jurídica*, isto é, que nasce, se desenvolve e se extingue sob a égide do Direito, que a disciplina durante toda a sua vigência. Finalmente, esta relação jurídica é de índole *administrativa*.

Ora, a índole ou natureza administrativa implica, por sua vez, a presença de um conjunto de pressupostos que permitam publicizar a relação jurídica em causa. Nesta matéria, a doutrina portuguesa aventa vários critérios, na tentativa de circunscrever o conceito de relação jurídica administrativa, como sejam: (i) a natureza dos *sujeitos* envolvidos (em princípio, um deles terá que ser uma pessoa colectiva pública); (ii) o *direito regulador* (naturalmente, o Direito Administrativo)¹⁹²; (iii) os *fins prosseguidos* (prossecução do interesse público)¹⁹³; e ainda (iv) os *meios* utilizados (poderes públicos ou prerrogativas de autoridade)¹⁹⁴.

Ante estes critérios, em maior ou menor medida vertidos no artigo 4.º, n.º 1 do ETAF¹⁹⁵, cumpre-nos aferir da natureza da relação jurídica subjacente às relações encetadas a coberto do DAP, cujos âmbito subjectivo, objectivo e material já conhecemos.

uma *vertente objectiva*, no sentido em que, na relação jurídico-administrativa, intervêm entes sujeitos ao Direito Administrativo; (iii) e, finalmente, um *sentido material*, de acordo com o qual a relação jurídico-administrativa corresponde ao exercício da função administrativa. Para maiores desenvolvimentos sobre o assunto, cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, *ob. cit.*, pp. 47-48; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, 2010, pp. 174-179; J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP Constituição...*, Vol. II, *ob. cit.*, pp. 566-567; JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, *ob. cit.*, pp. 147-151; VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 149-212; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “Os contratos económicos...”, *ob. cit.*, pp. 104 e 106; LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *A teoria do acto e a justiça administrativa: o novo contrato natural*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 28 e ss.; LUÍS CABRAL DE MONCADA, *A relação...*, *ob. cit.*

¹⁹² Mário Aroso de Almeida associa à qualificação da relação jurídico-administrativa através da aplicação de preceitos de Direito Administrativo (isto é, de “normas que atribuam prerrogativas de autoridade ou imponham deveres, sujeições ou limitações especiais a todos ou a alguns dos intervenientes, por razões de interesse público, que não se colocam no âmbito de relações de natureza jurídico-privada”) um critério teleológico de acordo com o qual o Direito Administrativo é o direito da função administrativa, ainda que prosseguida ou executada por entidades não integrantes da Administração Pública em sentido orgânico. Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 175-176.

¹⁹³ Trata-se de um dos critérios privilegiado pelo Prof. Doutor Colaço Antunes, o qual denomina de critério teleológico ou finalista. Cfr. LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *A teoria...*, *ob. cit.*, pp. 28-29 e 61.

¹⁹⁴ Vieira de Andrade socorre-se de um “critério estatutário, que combina sujeitos, fins e meios” para definir as relações jurídico-administrativas como “aquelas em que *um dos sujeitos*, seja uma *entidade pública* ou uma entidade particular no exercício de um *poder público* ou de um *dever público*, conferido ou imposto com vista à realização de um *interesse público* legalmente definido”. Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, *ob. cit.*, p. 53.

¹⁹⁵ Para maiores desenvolvimentos sobre a matéria, cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos Anotado*, Vol. I, *Artigos 1.º a 96.º e Estatuto dos Tribunais Administrativos*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. pp. 27 e ss; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A*

Iniciando pelas *peças colectivas públicas sujeitas ao Direito Privado*, não podem estas – por princípio -, na sua relação com privados, ser parte numa relação jurídica administrativa, dado que falha o pressuposto do direito regulador. Ou seja, sendo estas entidades produto de um processo de privatização do direito regulador, estão as mesmas sujeitas à aplicação, a título principal, do Direito Privado, embora conservem a subjectividade pública. Acresce que, por regra, estas entidades se encontram desprovidas de prerrogativas de autoridade. Assim sendo, as peças colectivas públicas sujeitas ao Direito Privado estão – no que aqui releva - somente habilitadas a protagonizar relações jurídico-privadas.

O mesmo sucede com as *entidades administrativas privadas*, em relação às quais caem os critérios da natureza dos sujeitos, do direito regulador e dos meios utilizados. Deste modo, as entidades administrativas privadas são peças colectivas privadas (ainda que apenas do ponto de vistas formal), que se regem pelo Direito Privado e que só dispõem de poderes públicos por atribuição expressa da lei. Por conseguinte, também estas entidades apenas participam, em princípio, em relações jurídico-privadas, nas relações estabelecidas com entes privados.

A situação das *entidades particulares com funções administrativas* é em tudo semelhante à das entidades administrativas privadas, sempre que actuem desprovidas de prerrogativas de autoridade. Note-se que, como já tivemos oportunidade de referir, no exercício de prerrogativas de autoridade, todas as entidades em estudo estão sujeitas à aplicação excepcional do Direito Administrativo, facto que levou o legislador a subordinar os sujeitos privados no exercício de poderes administrativos à jurisdição dos Tribunais Administrativos (cfr. artigo 4.º, n.º 1, alínea *d*) do ETAF)¹⁹⁶.

O factor de conexão mais forte acaba mesmo por ser o exercício de prerrogativas de autoridade, aliado à necessária aplicação de normas de Direito Administrativo, o que permite, neste contexto, lançar mão do *princípio da equiparação entre entidades públicas e entidades privadas com poderes públicos*¹⁹⁷.

Justiça..., ob. cit., pp. 97-106; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual...*, ob. cit., pp. 159-171; LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *A teoria...*, ob. cit., pp. 58 e ss.

¹⁹⁶ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, ob. cit., pp. 1043-1044 e 1070 e ss.

¹⁹⁷ Nas palavras de Pedro Gonçalves, este princípio traduz-se no seguinte: “no exercício de poderes públicos, a situação processual das entidades privadas apresenta-se, em princípio, nos mesmos termos em que se encontram as entidades públicas nas mesmas circunstâncias (no exercício de poderes públicos)”. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, ob. cit., pp. 1075-1079.

Concluímos, portanto, que as relações jurídicas que se desenvolvem ao abrigo do DAP são relações jurídicas privadas¹⁹⁸, ou melhor, relações jurídico-privadas *iuspublicadas*, atento o facto de serem enquadradas por elementos próprios de Direito Administrativo. Elementos esses que não são suficientes para publicizar, em absoluto e por completo, as relações jurídicas em causa. Isto porque a sua génese, o seu âmago, a sua fonte principal não é o Direito Administrativo, mas antes o Direito Privado (comercial, civil, laboral, etc).

Tratado-de de relações jurídicas-privadas, ainda que *iuspublicadas*, o mais óbvio seria sujeitá-las à apreciação dos Tribunais Judiciais, tal como sucede no Direito Alemão, onde a observância dos Direitos Fundamentais e dos princípios gerais da actividade administrativa é por aqueles sindicada¹⁹⁹.

Contudo, no ordenamento jurídico português, a natureza privada das relações jurídicas em causa não determina, por si só e automaticamente, a exclusão da competência dos Tribunais Administrativos.

Estamos, assim, a tocar no problema da reserva constitucional de jurisdição administrativa²⁰⁰, que abordaremos de forma breve.

3. Determinação da jurisdição competente

O problema da reserva absoluta de jurisdição administrativa contempla duas vertentes e consiste em perceber se, por um lado, os Tribunais Administrativos só poderão julgar questões emergentes de relações jurídico-administrativas e se, por outro, somente os Tribunais Administrativos podem ser encarregues, pelo legislador, de julgar litígios emergentes de relações jurídico-administrativas.

Deixando de parte uma análise detalhada sobre a concreta posição dos vários teóricos portugueses que se debruçaram sobre a questão, perfilhamos aqui o entendimento sufragado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional²⁰¹ e pelo Supremo Tribunal Administrativo²⁰², acompanhada por VIEIRA DE ANDRADE²⁰³ e JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS²⁰⁴, entre outros.

¹⁹⁸ Ver neste sentido, no concerne às entidades administrativas privadas e às entidades particulares com funções administrativas, PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, ob. cit., pp. 292, nota 198 e 1044.

¹⁹⁹ Cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho...*, ob. cit., pp. 149-150.

²⁰⁰ Sobre o sentido e alcance de “reserva de jurisdição” ver PAULO CASTRO RANGEL, *Reserva de Jurisdição, Sentido dogmático e sentido jurisprudencial*, Universidade Católica Portuguesa - Editora, Porto, 1997.

²⁰¹ Cfr. Acórdãos do TC n.ºs 607/95, 799/96, 927/96, 1102/96, 65/97 e 284/03.

²⁰² Cfr. Acórdãos do STA de 14.06.2000 e 27.01.2004.

²⁰³ Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, ob. cit., pp. 87 e ss.

Isto posto e no que diz respeito à primeira vertente, a resposta é negativa, ou seja, os Tribunais Administrativos não julgam apenas litígios emergentes de relações jurídico-administrativas, podendo também ser legalmente submetida à sua jurisdição a resolução de conflitos relativos a relações jurídicas de natureza privada²⁰⁵.

No que concerne à segunda vertente, a resposta é igualmente negativa, pelo que nem só os Tribunais Administrativos julgam questões emergentes de relações jurídico-administrativas, dado que o legislador pode investir outros tribunais de o fazer²⁰⁶.

No fundo, quer os Tribunais Administrativos, quer os Tribunais Judiciais apreciam tanto relações jurídico-administrativas, como relações jurídico-privadas. O ponto é que os Tribunais Judiciais são os tribunais comuns em matéria civil e criminal (cfr. artigo 211.º, n.º 1 da CRP) ao passo que os Tribunais Administrativos são os tribunais comuns em matéria administrativa²⁰⁷ (cfr. artigo 212.º, n.º 3 da CRP).

Nos termos delineados, este é o modelo típico de distribuição de competências materiais entre as jurisdições administrativa e civil, modelo esse que não pode ser descaracterizado ou desfigurado, sem prejuízo de desvios pontuais (justificados) em ambos os sentidos.

Concluímos, deste modo, que não há uma reserva constitucional absoluta de jurisdição administrativa, o que permite, em abstracto, sufragar a hipótese da submissão de questões decorrentes de relações jurídicas perpetradas ao abrigo do DAP à sindicância dos Tribunais Administrativos.

Vejamos de que forma.

Como já foi referido, as relações jurídicas desenvolvidas ao abrigo do DAP não são puras relações de Direito Privado, mas antes relações jurídico-privadas *iuspublicadas*. Neste sentido, assumem-se como relações jurídicas “bipolares”, em cujo desenvolvimento podemos encontrar momentos em que preponderam os elementos privados, bem como ocasiões em que

²⁰⁴ Cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, *ob. cit.*, pp. 147-151.

²⁰⁵ Implicam a apreciação de relações jurídico-privadas as questões elencadas nas alíneas *d)*, *e)*, *f)* e *i)* do n.º 1, do artigo 4.º do ETAF que consubstanciam *cláusulas aditivas*. Relativamente às cláusulas aditivas presentes em diplomas avulsos, ver MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código...*, *ob. cit.*, pp. 35-36.

²⁰⁶ Para uma análise quanto às questões que o legislador subtraiu à jurisdição administrativa a favor do Tribunal Constitucional, do Tribunal de Contas e dos Tribunais Judiciais, mas que, por natureza, lhe caberiam e que, portanto, consubstanciam cláusulas subtractivas, ver JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, *ob. cit.*, pp. 112-115; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código...*, *ob. cit.*, pp. 36-39.

²⁰⁷ Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código...*, *ob. cit.*, pp. 21.

ressaltam os elementos públicos ou administrativos, sempre que seja chamada à colação a aplicação de preceitos relativos a Direitos Fundamentais e/ou a princípios gerais da actividade administrativa.

O carácter “bipolar” destas relações jurídicas dificulta grandemente a sua exclusiva qualificação enquanto relações jurídicas privadas e, ao mesmo tempo, transforma a descoberta da jurisdição competente numa amarga tarefa. Isto porque, do ponto de vista da legislação sobre organização judiciária, pode não ser possível atribuir, em bloco, o julgamento de litígios emergentes de tais relações jurídicas a uma só jurisdição, para além de que é muito difícil fundamentar a decisão sobre a escolha de uma delas.

Perante as considerações ora tecidas, entendemos, em todo o caso, que a jurisdição melhor colocada para aferir do problema em apreço seria - em abstracto e sem olhar ainda à legislação processual sobre a matéria - a jurisdição administrativa. Adoptaríamos, assim, um critério de competência material, por serem os Tribunais Administrativos os mais preparados para julgar questões de natureza administrativa, ao mesmo tempo que se encontram à vontade em matérias de Direito Privado. Mas, a inversa não será, por princípio, verdadeira, já que muito dificilmente um juiz de um Tribunal Judicial terá a preparação necessária para apreciar as extensões jurídico-administrativas de um determinado litígio²⁰⁸.

Mas, o possível enquadramento dos litígios emergentes das relações jurídicas encetadas ao abrigo do DAP no âmbito da competência dos Tribunais Administrativos carece de maiores desenvolvimentos, motivo pelo qual vamos ensaiar diferentes hipóteses que possam sustentar tal solução (sem, contudo, nos comprometermos, desde já, com a mesma).

a) O expediente das questões prejudiciais, previsto no artigo 97.º do CPC

A primeira hipótese que se nos coloca consiste em remeter as relações jurídico-privadas *iuspublicizadas* para o âmbito da competência dos Tribunais Judiciais. Trata-se da solução natural, à luz do artigo 211.º, n.º 1 da CRP, já que implica a submissão de diferendos jurídico-privados à jurisdição civil.

Todavia, no que diz respeito, em concreto, aos preceitos de Direito Público que, em todo o caso, enquadram e limitam os termos daquelas relações jurídicas, há que recorrer ao

²⁰⁸ Para este entendimento concorrem não só os Planos de Estudo dos Cursos de Direito das Faculdades Portuguesas, pautados maioritariamente por disciplinas do domínio civil, bem como pela genérica aplicação subsidiárias das leis substantivas e processuais civis no âmbito da legislação administrativa, o que força os cultores do Direito Administrativo a conhecer a fundo o direito e processo civis.

expediente das questões prejudiciais, previsto no artigo 97.º do CPC e nos termos do qual *se o conhecimento do objecto da acção depender da decisão de uma questão que seja da competência do tribunal criminal ou do tribunal administrativo, pode o juiz sobrestar na decisão até que o tribunal competente se pronuncie*.

Na medida em que, a propósito de um litígio decorrente de uma relação jurídica estabelecida sob a égide do DAP, se levante um problema relacionado com a efectivação dos Direitos Fundamentais e/ou da observância dos princípios gerais da actividade administrativa, o julgamento desta questão específica seria devolvida aos Tribunais Administrativos, suspendendo-se, para o efeito, os autos da acção civil²⁰⁹.

Embora apetecível por reservar a cada uma das jurisdições o julgamento das questões que, do ponto de vista material, estão constitucionalmente investidas de o fazer, esta solução apresenta fragilidades e não pode ser aceite.

Desde logo, o próprio conceito de “questão prejudicial”²¹⁰: nem sempre o conhecimento de uma questão de alcance jurídico-administrativo pode ser configurada, em concreto, como uma questão prejudicial face ao problema de Direito Privado de que é tributária. Pelo contrário, pode revelar-se um problema lateral ou acessório que o juiz da causa - ao não poder devolver a questão para os Tribunais Administrativos por via do artigo 97.º do CPC - não pode recusar-se a conhecer, sob pena de nulidade da sentença (cfr. artigo 668.º, n.º 1, alínea *d*), primeira parte do CPC).

Acresce que o expediente do artigo 97.º do CPC, ao implicar a interposição de duas acções judiciais e a sustação de uma em função do trânsito em julgado da outra, apresenta-se como um expediente processual propício a grandes demoras.

Por outro lado, o recurso ao expediente das questões prejudiciais não pode ser aceite como critério de distribuição da competência jurisdicional para aferir das questões de que temos vindo a falar, dado que é muito difícil conceber a possibilidade de espartilhar e

²⁰⁹ Note-se que a sustação da acção é uma faculdade legalmente concedida ao juiz que, no caso concreto, pode também optar por prosseguir com os termos da acção, apreciando e julgando a questão prejudicial levantada. Neste caso, a decisão da questão prejudicial pelo juiz da causa dá lugar a caso julgado formal quanto à mesma. JOSÉ LEBRE DE FREITAS / RUI PINTO / JOÃO REDINHA, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, 2.ª Ed., Coimbra Editora, 2008, p. 185-186; ALBERTO DOS REIS, *Clássicos Jurídicos – Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, 3.ª Ed. 1948, Coimbra Editora, 2004, p. 237. Sobre esta matéria ver ainda o Acórdão do STJ de 03.11.2011 (Processo n.º 1947/07.9TBAMT-B.P1.S1), o Acórdão do TRP de 02.05.2013 (Proc. n.º 71/07.9TBMCB-A.P1) e o Acórdão do TRL de 28.11.2006 (Proc. n.º 5239/2006-7).

²¹⁰ Entende-se por questão prejudicial “toda aquela cuja resolução constitui pressuposto necessário da decisão de mérito, quer esta necessidade resulte da configuração da causa de pedir, quer da arguição ou existência duma excepção, peremptória ou dilatória, quer ainda do objecto de incidentes em correlação lógica com o objecto do processo, e seja mais ou menos directa a relação que ocorra entre essa questão e a pretensão ou o *thema decidendum*”. Cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS / RUI PINTO / JOÃO REDINHA, *Código...*, *ob. cit.*, p. 184.

delimitar de forma precisa o cerne de aplicação do Direito Privado e do DAP num caso concreto.

Por estes motivos, rejeitamos esta hipótese.

b) O carácter meramente exemplificativo do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF

Outra solução equacionável para o problema que nos move consiste em tirar partido do carácter meramente exemplificativo do artigo 4.º, n.º 1 do ETAF e, desta forma, atribuir aos Tribunais Administrativos a competência para a apreciação, em bloco, de litígios emergentes de relações jurídicas desenvolvidas sob a égide do DAP.

Ora, o preceito mencionado deixa em aberto a possibilidade de serem submetidas à apreciação dos Tribunais Administrativos outras questões que não as expressamente elencadas nas suas alíneas.

Embora tenhamos presente que o proémio do artigo 4.º, n.º 1 tem que ser articulado com o critério geral do artigo 1.º, n.º 1 do ETAF, esta solução mostra-se constitucionalmente admissível, porque, como já tivemos oportunidade de demonstrar, é possível atribuir à jurisdição administrativa o julgamento de questões respeitantes a relações jurídico-privadas.

Para além deste facto, justifica-se esta solução atendendo à forte presença de elementos público-administrativos, sabendo nós que, de ponto de vista material, a jurisdição administrativa é, numa “lógica de especialização”²¹¹, a jurisdição natural para apreciar tais questões.

Por outro lado, trata-se de uma solução que permite evitar duplicações processuais, já que os Tribunais Administrativos passariam a ser competentes para apreciar o litígio como um todo, incluindo todas questões nele suscitadas, ou seja, quer as de natureza eminentemente administrativa, como as de natureza privada.

Neste contexto, constatamos que a jurisdição administrativa possui uma evidente *vis atractiva* para a resolução global dos conflitos.

Contudo, a hipótese ora aventada transporta a desvantagem de um eventual congestionamento dos Tribunais Administrativos com a resolução de litígios nos quais se discute, em primeira linha, questões de carácter privado (sobretudo tendo em consideração a proliferação das entidades sujeitas ao DAP), o que pode bulir com a repartição de competências entre as jurisdições civil e administrativa, nos termos já descritos. Ainda assim,

²¹¹ Cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, *ob. cit.*, p. 148.

não deixa de ser uma possibilidade a considerar, tanto mais que tem o mérito de permitir a resolução unitária de um determinado litígio.

c) A via média: a natureza administrativa prevalecente do litígio

Uma terceira tentativa de compreensão do âmbito processual do DAP passa por aferir, perante o caso concreto, qual a sua natureza prevalecente. Isto é, em função da concreta configuração do litígio, e, portanto, das pretensões deduzidas pelo autor na petição inicial, há que perceber se aquele apresenta uma natureza predominantemente privada ou administrativa.

Se, não obstante se tratar de uma relação jurídica encetada ao abrigo do DAP, as pretensões que o autor dirige ao tribunal são essencialmente de carácter privado, então a resolução do litígio cabe aos Tribunais Judiciais que apreciarão a causa na sua globalidade, incluindo um ou outro aspecto de Direito Administrativo que venha a ser suscitado.

Se, pelo contrário, a configuração do litígio apresentar uma natureza administrativa prevalecente, dado que os pedidos do autor se baseiam maioritariamente em princípios e normas de Direito Público Administrativo, serão os Tribunais Administrativos os competentes para apreciar este diferendo. Isto sem prejuízo da apreciação das demais questões de Direito Privado, cujo conhecimento seja reclamado pelos termos do caso concreto.

Na formulação desta via média que equacionamos para resolver o problema da jurisdição competente, tomamos como ponto de partidas as palavras de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA: nas “causas onde, misturando-se ou confluindo normas administrativas e normas de Direito Privado, não faria sentido remeter os interessados para tribunais diversos quando quisessem discutir simultaneamente da aplicabilidade das normas dessas duas espécies (...), dizemos que aí há naturalmente que fazer (legislativa ou hermenêuticamente) uma opção quanto à natureza administrativa ou privada prevalecente da relação jurídica em causa, para depois a submeter em bloco a uma das duas jurisdições”²¹².

Porém, salta à vista o inconveniente deste tipo de construções, na medida em que acarretam uma grande dose de incerteza na determinação dos elementos dominantes, para depois concluir pela natureza administrativa ou privada prevalecente.

De todo o modo, tal inconveniente poderia sempre ser ultrapassado através do labor doutrinal e jurisprudencial no sentido de encontrar critérios que, de forma mais ou menos

²¹² Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código...*, *ob. cit.*, p. 23.

objectiva, permitissem qualificar a natureza de um dado litígio e, a partir dessa qualificação, determinar a jurisdição competente.

d) A solução *de iure constituendo*: competência dos Tribunais Administrativos

Obviamente que, depois de ponderadas as virtudes e fragilidades das soluções supra elencadas, a melhor saída para o problema em apreço será a introdução de uma cláusula no elenco do artigo 4.º, n.º 1 do ETAF que confira aos Tribunais Administrativos a competência para julgar conflitos emergentes das relações jurídicas privadas *iuspublicizadas* sobre que nos debruçamos.

Neste sentido, deixamos aqui um modesto contributo, propondo a seguinte redacção: compete aos tribunais da jurisdição administrativa a apreciação de litígios que tenham nomeadamente por objecto *questões que reclamem a aplicação de normas relativas aos Direitos Fundamentais e aos princípios gerais da actividade administrativa, quando esteja em causa a prossecução de funções administrativas ao abrigo do Direito Privado, por entidades que actuam, em concreto, desprovidas de poderes públicos*.

A fórmula avançada congrega, de forma subtil, a essência de cada um dos âmbitos - subjectivo, objectivo e material - do conceito de DAP. De modo mais evidente, refere-se aos âmbitos objectivo e material através, respectivamente, dos incisos “prossecução de funções administrativas” e “normas relativas aos Direitos Fundamentais e aos princípios gerais da actividade administrativa”.

Quanto ao âmbito subjectivo, o mesmo retira-se, por via indirecta, da referência ao exercício de “funções administrativas ao abrigo do Direito Privado, por entidades que actuam, em concreto, desprovidas de poderes públicos”, dado estarem em posição de preencher a premissa referida as entidades públicas sujeitas ao Direito Privado, as entidades administrativas privadas e as entidades particulares com funções administrativas.

A positivação de uma norma com o sentido proposto representaria, como não podia deixar de ser, um importante elemento de certeza e segurança jurídicas na determinação da jurisdição competente para julgar litígios emergentes de relações jurídicas perpetradas ao abrigo do DAP.

Reconhecemos, porém, que esta solução comunga da desvantagem apontada à hipótese aventada em segundo lugar, já que implica também a apreciação global do litígio

pelos Tribunais Administrativos, sendo certo que muitas das questões suscitadas pelas partes possam dizer respeito à interpretação e aplicação de preceitos de Direito Privado.

Pese embora este inconveniente, a saída que agora propomos para o problema da determinação da jurisdição competente que temos vindo a tratar, representa o alcançar da “quadratura do círculo”, através do encaixe dos âmbitos subjectivo, objectivo, material e processual do conceito de DAP e da consequente eleição da jurisdição administrativa como jurisdição competente nesta matéria.

e) A solução *de iure constituto*: competência dos Tribunais Judiciais

Até este ponto, dedicámo-nos a fazer um ensaio teórico no sentido de enquadrar os litígios emergentes das relações jurídicas encetadas ao abrigo do DAP no âmbito da competência dos Tribunais Administrativos. Isto no pressuposto de que a jurisdição administrativa é, do ponto de vista material, a melhor preparada para apreciar e julgar litígios nos quais se discutem questões de DAP.

Todavia, há que reconhecer que, de acordo com o direito constituído, isto é, com as leis processuais aplicáveis, a competência dos Tribunais Administrativos não resulta – nem explícita, nem implicitamente - de nenhuma das alíneas do artigo 4.º, n.º 1 do ETAF.

Na verdade, poderiam ser aqui chamadas à colação as alíneas *a)*, *d)*, *g)* e *i)* do preceito mencionado. Quanto à pertinência das alíneas *g)* e *i)* do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF, a mesma será explorada no tópico seguinte.

Já no que diz respeito à alínea *a)*, esta não permite incluir na competência dos Tribunais Administrativos os litígios emergentes de relações jurídicas encetadas ao abrigo do DAP, uma vez que pressupõe a *tutela de direitos fundamentais, bem como dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares directamente fundados em normas de direito administrativo ou fiscal ou decorrentes de actos jurídicos praticados ao abrigo de disposições de direito administrativo ou fiscal*. Como sabemos, no DAP, não está em causa a aplicação directa e a título principal de normas de Direito Administrativo, mas antes de normas de Direito Privado.

Por sua vez, a alínea *d)*, embora compreenda no seu âmbito de aplicação as entidades administrativas privadas e as entidades particulares com funções administrativas²¹³, faz alusão ao exercício de poderes administrativos. No entanto, a aplicação do DAP pressupõe, como

²¹³ Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código...*, *ob. cit.*, pp. 35 e ss.

sabemos, que as entidades que a eles estão sujeitas não actuem, em concreto, ao abrigo de prerrogativas de autoridade, pelo que a referida alínea também não nos permite pugnar pela competência dos Tribunais Administrativos neste domínio.

Com efeito e do ponto de vista do direito constituído, temos que admitir que os tribunais competentes para apreciar litígios emergentes de relações jurídicas desenvolvidas ao abrigo do DAP são os Tribunais Judiciais, “os quais devem ter presente a exigência de a actuação privada se processar no respeito pelos direitos fundamentais, bem como pelos princípios constitucionais da actividade administrativa”²¹⁴.

4. Competência atribuída aos Tribunais Administrativos no domínio das acções de responsabilidade civil extracontratual (por actos e omissões praticados pelas pessoas colectivas públicas sujeitas ao Direito Privado) e da Intimação para prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões

Afora as hipóteses abstractas sobre as quais nos termos vindo a debruçar, não podemos esquecer que o legislador expressamente investiu os Tribunais Administrativos de competência para julgar acções de responsabilidade civil extracontratual em que estejam envolvidos certos sujeitos subordinados à aplicação do DAP, bem como o fez no domínio da intimação para prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões.

Por conseguinte, impõe-se perceber os contornos dessa atribuição de competência, pelo que dedicamos as páginas que se seguem a fazê-lo.

4.1 As acções de responsabilidade civil extracontratual

Nos termos das alíneas g) e i), do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF²¹⁵, os Tribunais Administrativos são competentes para apreciar litígios que tenham por objecto a responsabilidade civil de pessoas colectivas públicas e de pessoas colectivas privadas, às quais – quanto a estas últimas - seja aplicável a Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro que aprovou o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas.

²¹⁴ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, ob. cit., p. 292, nota 598.

²¹⁵ Ver, sobre o assunto, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código...*, ob. cit., pp. 59-61; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, ob. cit., pp. 103-105; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual...*, ob. cit., pp. 169-171; CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado*, Coimbra Editora, 2008, pp. 26-29.

Tradicionalmente, discutia-se na doutrina portuguesa se a competência dos Tribunais Administrativos relativamente às questões de responsabilidade civil deveria incluir os actos de gestão privada da Administração ou se, pelo contrário, deveria confinar-se à responsabilidade emergentes de actos de gestão pública²¹⁶.

Na verdade, o problema da aplicação do DAP enquadra-se no âmbito dos actos de gestão privada, isto é, na “actividade da Administração que decorra sob a égide do Direito Privado”²¹⁷.

Deste modo, atendendo à diversidade da natureza jurídica das entidades objecto de aplicação do DAP e à actual configuração da competência dos Tribunais Administrativos presente, quanto à matéria em estudo, no artigo 4.º, n.º 1, alíneas g) e i) do ETAF, impõe-se uma análise separada das pessoas colectivas públicas sujeitas ao Direito Privado, por um lado, e das entidades administrativas privadas e das entidades particulares com funções administrativas, por outro.

a) Pessoas colectivas públicas sujeitas ao Direito Privado

No que concerne às pessoas colectivas públicas, a presente configuração da competência da jurisdição administrativa quanto às questões de responsabilidade civil diluiu, de forma evidente, a relevância processual da clássica distinção entre actos de gestão de pública e actos de gestão privada.

Com efeito, a alínea g) do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF não distingue entre actos de gestão pública e actos de gestão privada, pelo que a responsabilidade civil emergente de acções ou omissões, praticados por pessoas colectivas públicas, referentes a uns e a outros está a coberto da jurisdição dos Tribunais Administrativos²¹⁸.

²¹⁶ Para uma análise sobre as principais propostas da doutrina quanto à distinção entre actos de gestão pública e actos de gestão privada, bem como do elenco de exemplos de uns e de outros firmados na jurisprudência, ver o Acórdão do TRL de 07.10.2003 (Proc. n.º 7693/2003-7).

²¹⁷ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, *ob. cit.*, pp. 44. A noção ampla de actos de gestão privada perfilhada por Marcello Caetano é a que melhor se adequa aos intentos deste trabalho.

²¹⁸ Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código...*, *ob. cit.*, p. 59; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, *ob. cit.*, pp. 103-105; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 169-170; CARLA AMADO GOMES/ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Tópicamente – e a quatro mãos...- sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas” in *Revista de Direito Público e Regulação*, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, n.º 5, Março de 2010, p. 5; CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime...*, *ob. cit.*, p. 27; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Responsabilidade das entidades privadas submetidas ao regime da responsabilidade pública” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 88, Julho/Agosto de 2011, pp. 25-26. Ver ainda o Acórdão do Tribunal de Conflitos de 26.10.2006 (Proc. n.º 018/06) e de 29.09.2012 (Proc. n.º 07/12), os Acórdãos do STJ de 12.02.2007 (Proc. n.º 07B238), 10.04.2008

Concomitantemente, a responsabilidade civil extracontratual emergente de actos de gestão pública e de gestão privada praticados por pessoas colectivas públicas sujeitas ao Direito Privado é aferida pelos Tribunais Administrativos.

Mas e embora em ambos os casos sejam competentes os Tribunais Administrativos, o direito substantivo aplicável será diferente: quanto esteja em causa responsabilidade civil extracontratual fundada em actos de gestão pública, o regime substantivo aplicável é o constante da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro; mas, em matéria de actos de gestão privada, o Tribunal Administrativo aplica o regime civil, previsto nos artigos 483.º e seguintes do CC²¹⁹.

Uma vez que os Tribunais Administrativos são competentes, quanto às entidades em análise, para apreciar a responsabilidade civil extracontratual emergente da prática de actos de gestão privada, é-lhes implicitamente atribuída, pelo legislador, a competência para aferir da observância dos preceitos de DAP. Isto porque, no domínio de um problema de responsabilidade civil extracontratual fundado em actos de gestão privada, pode acontecer que sejam levantadas questões relativas aos Direitos Fundamentais e aos princípios gerais da actividade administrativa cuja relevância seja tributária do facto que gerou o litígio.

Apesar de estar em causa uma relação jurídica privada, regulada, a título principal, pelo Direito Privado, os Tribunais Administrativos estão habilitados a lançar mão do núcleo normativo público que preenche o âmbito material do DAP e a aplicá-lo ao caso concreto.

b) Entidades administrativas privadas e entidades particulares com funções administrativas

Já no domínio da responsabilidade civil extracontratual por actos praticados por entidades administrativas privadas e por entidades particulares com funções administrativas, a distinção entre actos de gestão pública e “actos de gestão privada”²²⁰ permanece decisiva, quer do ponto de vista substantivo, quer do ponto de vista processual²²¹.

(Proc. n.º 08B845), 25.06.2009 (Proc. n.º 1186/07.9 TBVNO.C1.S1) e de 16.10.2012 (Proc. n.º 950/10.6TBFAF-A.G1.S1) e o Acórdão do STA de 10.04.2012 (Proc. n.º 08/12).

²¹⁹ Ver, neste sentido, CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime...*, *ob. cit.*, p. 29; MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Actividade Administrativa*, Tomo III, 2.ª Ed., Lisboa, 2009, pp. 484 e 517-519; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código...*, *ob. cit.*, pp. 59; CARLA AMADO GOMES/ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Topicamente...”, *ob. cit.*, pp. 5 e 8; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Responsabilidade...”, p. 27.

²²⁰ Refira-se, antes de mais, que a dicotomia actos de gestão pública/actos de gestão privada só faz sentido no âmbito da actividade desenvolvida por pessoas colectivas públicas. À partida, todas as actividades levadas a cabo

Esclareça-se, antes de mais, que este tipo de entidades, no exercício da função administrativa que prosseguem, actuam quer ao abrigo do Direito Administrativo, quer ao abrigo do Direito Privado.

Ou seja, no primeiro caso (exercício da função administrativa excepcionalmente ao abrigo do Direito Administrativo), praticam actos de gestão pública, ficando sujeitas à aplicação, a título principal, do Direito Administrativo e, em consequência, a responsabilidade civil extracontratual emergente da prática de tais actos fica sujeita à aplicação da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro (cfr. artigo 1.º, n.º 5 do mencionado diploma) e é apreciada nos Tribunais Administrativos (cfr. artigo 4.º, n.º 1, alínea *i*) do ETAF)²²².

Para além do exercício de prerrogativas de autoridade (a hipótese mais evidente), enquadra-se aqui - como resulta, aliás, da letra do artigo 1.º, n.º 5 da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro - a responsabilidade civil extracontratual resultante de acções e omissões perpetradas em domínios regulados por disposições ou princípios de Direito Administrativo. Na interpretação deste inciso, acompanhamos CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, segundo o qual para que a actuação destas entidades deva “considerar-se como sendo desenvolvida ao abrigo de um regime de direito administrativo torna-se necessário que a lei imponha a essa entidade a observância de deveres especiais, no âmbito da sua relação externa, que se destinem justamente a levar a cabo, através do cumprimento desses deveres, os fins de utilidade pública que justificaram a atribuição”²²³ de funções administrativas.

Porém, há que reconhecer que a subsunção de uma actividade aos termos referidos acarreta uma grande dose de casuísmo e ambiguidade, sendo que o risco de interpor uma acção em tribunal incompetente corre por conta do particular que pretende ressarcir-se de um determinado dano²²⁴. Neste contexto, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO é levado a concluir e com razão que “o sistema encontrado é dificilmente praticável”²²⁵.

por particulares ou pessoas colectivas privadas são realizadas ao abrigo do Direito Privado, no domínio do exercício da autonomia privada. De todo o modo, para facilitar a exposição vamos utilizar a terminologia “actos de gestão privada” para designar a actuação privada perpetrada por sujeitos privados, ainda que no exercício de funções administrativas.

²²¹ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 170; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Responsabilidade...”, *ob. cit.*, p. 27.

²²² Cfr. CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime...*, *ob. cit.*, pp. 51-57; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Responsabilidade...”, *ob. cit.*, pp. 30-34.

²²³ Cfr. CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “Responsabilidade civil dos concessionários de auto-estradas – Acórdão do TCA Norte de 6.5.2010, P. 1566/08.2BEBRG” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 92, Março/Abril de 2012, pp. 44.

²²⁴ Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Responsabilidade...”, *ob. cit.*, pp. 31-32.

²²⁵ Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Responsabilidade...”, *ob. cit.*, p. 36.

No segundo caso (exercício da função administrativa ao abrigo do Direito Privado), maiores dúvidas se levantam, graças ao facto de estar em causa o exercício da função administrativa através de instrumentos de Direito Privado, pela mão de pessoas colectivas privadas.

Por conseguinte, no que respeita à responsabilidade civil extracontratual fundada em “actos de gestão privada” praticados por pessoas colectivas privadas (ainda que apenas formalmente), a mesma já não é subsumível ao artigo 2.º, n.º 5 da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro e, por consequência, não é susceptível de ser subsumida ao artigo 4.º, n.º 1, alínea i) do ETAF²²⁶. O que significa que, nesta matéria, a competência pertence aos Tribunais Judiciais, que julgarão de acordo com o direito civil aplicável²²⁷.

Como exercício prático, tomemos como exemplo as empresas públicas (compreendidas na categoria das entidades administrativas privadas). O n.º 1 do artigo 18.º do RJSEEEP confere, de forma expressa, aos Tribunais Administrativos competência para julgar os litígios *respeitantes a actos praticados e a contratos celebrados no exercício dos poderes de autoridade*, equiparando, desta forma, as empresas públicas a entidades administrativas²²⁸. E faz todo sentido que assim seja.

Como sabemos, o exercício de prerrogativas de autoridade constitui um dos casos em que as entidades administrativas privadas e as entidades particulares com funções administrativas ficam sujeitas à aplicação, a título principal, do Direito Administrativo. Consequentemente, justifica-se a sua equiparação a entidades administrativas, para efeitos de jurisdição competente.

Mas, fora de tais situações, o n.º 2 do citado preceito remete para *regras gerais de determinação da competência material dos tribunais*. Inserem-se, aqui, as hipóteses de responsabilidade civil extra-contratual fundadas em “actos de gestão privada”, cuja jurisdição competente acabamos de determinar.

²²⁶ Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código...*, *ob. cit.*, pp. 61; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, *ob. cit.*, pp. 104-105; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 170-171; CARLA AMADO GOMES/ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Tópicamente...”, *ob. cit.*, pp. 8 e 9, nota 21; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Responsabilidade...”, *ob. cit.*, p. 27.

²²⁷ Cfr. CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime...*, *ob. cit.*, p. 49; CARLA AMADO GOMES/ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Tópicamente...”, *ob. cit.*, pp. 8 e 9, nota 21. Ver ainda os Acórdãos do STJ de 26.09.2006 (Proc. n.º 1422/04.3TBCVL-A.C1) e de 03.11.2011 (Proc. n.º 13559/09.8T2SNT-A.L1.S1).

²²⁸ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, *ob. cit.*, p. 1079, nota 438.

c) Síntese conclusiva

Pelo exposto demonstrámos uma importante divergência no seio do âmbito processual que estamos a tratar, concretamente no que diz respeito aos litígios emergentes de relações jurídicas desenvolvidas sob a égide do DAP, quando, no decorrer daquelas, tenha advindo um facto gerador de responsabilidade civil extracontratual para o qual concorreu, em maior ou menor medida, a violação de Direitos Fundamentais e/ou de princípios gerais da actividade administrativa. Divergência essa cujo elemento fulcral é a natureza jurídica do ente em causa.

Ou seja, em matéria de responsabilidade civil extracontratual por actos de gestão privada, as pessoas colectivas públicas sujeitas ao Direito Privado são demandadas junto dos Tribunais Administrativos (cfr. artigo 4.º, n.º 1, alínea *g*) do ETAF) que, não obstante apreciem o litígio em função de normas de Direito Privado (cfr. artigos 483.º e seguintes do CC), são ainda habilitados a apreciar as eventuais questões de DAP envolvidas no caso *sub judice*.

O mesmo já não sucede com os demais sujeitos passivos da aplicação do DAP, pelo que a responsabilidade civil extracontratual decorrente de “actos de gestão privada” praticados por entidades administrativas privadas e entidades particulares com funções administrativas está sujeita à jurisdição dos Tribunais Judiciais e à legislação privada aplicável. Consequentemente, mantêm-se as dúvidas de saber se a jurisdição civil será a melhor preparada para aferir das hipotéticas questões de DAP que podem surgir a propósito de uma acção de responsabilidade civil desta natureza.

4.2 A intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões: análise da jurisprudência mais recente dos Tribunais Administrativos

A intimação para prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões, prevista e regulada nos artigos 104.º a 108.º do CPTA, representa a tutela contenciosa dos direitos subjectivos consagrados no artigo 268.º, n.ºs 1e 2 da CRP. Inclui, portanto, o *direito à informação procedimental* (que abrange o direito à informação sobre o andamento dos processos e ao conhecimento das decisões) e o *direito à informação não procedimental* (que compreende o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos), consagrados, respectivamente, nos artigos 61.º a 64.º do CPA e no artigo 65.º do CPA e na

Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto (Lei de Acesso aos Documentos Administrativos, doravante designada por LADA).

Ora, como sabemos os referidos direitos integram o âmbito material do DAP, na medida em que consubstanciam Direitos Fundamentais dos administrados cuja protecção se justifica mesmo quando a Administração actua sob os desígnios do Direito Privado.

À semelhança do sucedido com as acções de responsabilidade civil extracontratual por actos de gestão privada praticados por pessoas colectivas públicas sujeitas ao Direito Privado, a jurisdição competente para aferir da tutela dos mencionados direitos à informação é a administrativa. Mas, desta feita, todos os sujeitos do DAP podem assumir a qualidade de demandados juntos dos Tribunais Administrativos.

Para esta conclusão concorreu, sobretudo, a mais recente jurisprudência dos Tribunais Administrativos superiores, em sentido divergente com alguma doutrina, mas acompanhada por boa parte desta.

Vejamos em que termos.

Para MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, na esteira de JOÃO CAUPERS, “*documento administrativo*, para efeitos do exercício do direito à informação, é o documento relativo ao exercício da actividade administrativa pública, como tal se considerando o documento produzido ou recolhido no exercício normal de funções administrativas pelos órgãos que integram a Administração Pública, segundo a definição constante do artigo 2.º do CPA, mas também por entidades privadas de mão pública, na medida em que actuem no exercício de prerrogativas de autoridade ou segundo um regime de direito administrativo”²²⁹.

Perante este conceito de *documento administrativo*, os Autores dele excluem os documentos gerados por entidades jurídico-privadas que não disponham de poderes públicos, em especial, os produzidos no âmbito de actividades que obedecem às regras do mercado aberto e que, portanto, não resultam da actividade pública administrativa²³⁰.

Ou seja, tomando o exercício de prerrogativas de autoridade como elemento fundamental de conexão entre as entidades jurídico-privadas e o conceito de *documento*

²²⁹ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª ed. Revista, Almedina, 2010, pp. 695 e 699; JOÃO CAUPERS, “Sobre o conceito de documento administrativo” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 75, Maio/Junho de 2009, pp. 9-10.

²³⁰ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário...*, *ob. cit.*, p. 696; JOÃO CAUPERS, “Sobre o conceito...”, *ob. cit.*, p. 10.

administrativo, as entidades administrativas privadas e as entidades particulares com funções administrativas - que são objecto de aplicação do DAP - cairiam fora daquele círculo, na medida em que a sujeição ao DAP depende do exercício de funções administrativas despidas de prerrogativas de autoridade.

Todavia, defendemos que a aplicação do DAP é transversal a todas as actividades desenvolvidas por aquelas entidades, mesmo as realizadas em mercado concorrencial. Desta forma, abrimos a porta ao recurso aos Tribunais Administrativos para efectivação dos direitos à informação procedimental e não procedimental através do expediente processual da intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões, no domínio de todas as actividades desenvolvidas pelos sujeitos do DAP (à excepção das entidades particulares com funções administrativas, cuja sujeição aos deveres de informação comporta restrições).

Para além dos argumentos aventados pela doutrina e pela jurisprudência – a que faremos referência de seguida -, a posição que defendemos de reconhecer a competência dos Tribunais Administrativos, nesta matéria, apoia-se no facto de a intimação consagrada nos artigos 104.º e seguintes do CPTA se apresentar como um meio processual neutro, isto é, que não bule com uma eventual questão material controvertida que esteja na sua génese, nem força o tribunal a pronunciar-se sobre aquela. Trata-se, apenas, de um meio contencioso de tutela do direito fundamental dos administrados à informação, isento e independente, inclusive, de um litígio judicial²³¹⁻²³². Nesta sequência, não vemos porque deve o mesmo ser restrito às entidades públicas e às entidades privadas no exercício de prerrogativas de autoridade.

Queremos com isto dizer que o carácter neutro desta intimação constitui um forte motivo para privilegiar a competência dos Tribunais Administrativos de acordo com um critério de competência material: ainda que estejam em causa relações jurídico-privadas, a verdade é que, por força da aplicação do DAP, são as mesmas envolvidas numa situação que reclama a tutela do direito fundamental dos administrados à informação.

²³¹ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário...*, *ob. cit.*, p. 692. Ver ainda o Acórdão do TCAS de 05.07.2012 (Proc. n.º 08931/12). Na vigência da LPTA, cfr. CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “Intimações” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 16, Julho/Agosto de 1999, p. 63.

²³² Note-se, contudo, que a intimação para prestação de informações, consulta de processos e passagem de certidões não pode ser utilizado como meio para obter documentos com o intuito de instruir processos de natureza cível e criminal. Para este efeito, o interessado terá que lançar mão dos expedientes próprios previstos na legislação processual criminal e cível. Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário...*, *ob. cit.*, pp. 702-704.

Concretizando um pouco mais as nossas ideias, começamos pelo **direito à informação não procedimental**. Vamos, assim, proceder a uma breve análise do âmbito subjectivo de aplicação da LADA, relacionando-o, naturalmente, com o próprio âmbito subjectivo do DAP por nós delimitado.

Como ensina MIGUEL ASSIS RAIMUNDO²³³, são três as categorias de sujeitos passivos do direito à informação não procedimental, a saber:

- i) Pessoas colectivas públicas (alíneas *a*), *b*), *c*) e *e*) do artigo 4.º, n.º 1 da LADA);
- ii) Entidades administrativas privadas (alíneas *d*) e *f*) do artigo 4.º, n.º 1 da LADA, sendo, algumas delas, enquadráveis no n.º 2 daquele artigo);
- iii) Verdadeiros sujeitos privados (alínea *g*) do artigo 4.º, n.º 1 da LADA e também o seu n.º 2).

Isto posto, vejamos em que medida o âmbito sujeito do DAP encaixa no âmbito dos sujeitos passivos da LADA:

a) Pessoas colectivas públicas cujo direito regulador é o Direito Privado

Numa leitura rápida pelas alíneas que MIGUEL ASSIS RAIMUNDO associa às pessoas colectivas públicas sujeitas à aplicação da LADA, poderíamos ser levados a concluir que em nenhuma delas se faz referência às pessoas colectivas públicas cujo direito regulador é o Direito Privado.

Todavia, face a esta constatação, cumpre-nos fazer duas precisões. Em primeiro lugar, a alínea *c*) do n.º 1 do artigo 4.º da LADA faz menção às fundações públicas. Ora, esta disposição tem que ser compaginada com os artigos 4.º, n.º 1, alínea *c*), 49.º, n.º 1 e 57.º e seguintes da Lei-Quadro das Fundações, que institui as chamadas “fundações públicas de Direito Privado”. Trata-se, precisamente, de pessoas colectivas públicas reguladas pelo Direito Privado e, como vimos, um domínio privilegiado de aplicação do DAP.

Por outro lado, as Entidades Públicas Empresariais são um exemplo clássico deste tipo de entidades que, embora não estejam compreendidas nas alíneas enumeradas por MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, estão presentes nas alíneas *d*) e *f*) do preceito em análise: respectivamente,

²³³ Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Ainda o acesso à informação detida por empresas públicas – Acórdão do STA (1.ª Secção) de 30.5.2013, P. 263/12” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 98, Março/Abril de 2013, p. 44.

órgãos das empresas públicas e órgãos das empresas regionais, intermunicipais e municipais. Não podemos esquecer que, à luz do artigo 3.º, n.º 2 do RJSEEEP, as Entidades Públicas Empresariais são uma modalidade de Empresas públicas, motivo pelo qual também se acham expressamente contempladas pela LADA.

Acresce que, também nesta sede, não releva a distinção entre actos de gestão pública e actos de gestão privada, pelo que toda a actividade perpetrada pelos sujeitos públicos objecto de privatização do direito regulador está a coberto da aplicação da LADA²³⁴. A este propósito, o STA, no seu acórdão de 31.08.2011 (Proc. n.º 0758/11), esclareceu que “para que um documento seja considerado «documento administrativo» para efeitos a alínea a) do n.º 1 do referido artigo 3.º daquela Lei, não se exige que ele esteja conexas com alguma das actividades administrativas, bastando que esteja na posse dos órgãos e entidades referidos no artigo seguinte, ou detidos em seu nome”.

Concluimos, portanto, que o primeiro grupo de sujeitos que preenchem o âmbito subjectivo do DAP está compreendido no âmbito subjectivo dos sujeitos passivos da LADA.

b) Entidades administrativas privadas

O exemplo paradigmático das entidades administrativas privadas corresponde, como sabemos, às Empresas públicas - em cuja referência, por razões de simplificação, fazemos incluir as empresas municipais, intermunicipais e regionais – cfr. artigo 4.º, n.º 1, alíneas *d)* e *f)* da LADA.

É precisamente nesta matéria que os Tribunais Administrativos se têm, com mais frequência, deparado com o dilema de perceber os limites da aplicação da LADA no domínio das Empresas públicas quando os documentos ou informações solicitadas pelos particulares respeitam a actividades exercidas em mercado concorrencial ou despidas de prerrogativas de autoridade.

Desde já avançamos que, na sua jurisprudência mais recente, plasmada nos Acórdãos do STA de 08.07.2009 (Proc. n.º 0451/09), 30.09.2009 (Proc. n.º 0453/09 e Proc. 0493/09), 20.01.2010 (Proc. n.º 01110/09), 01.06.2010 (Proc. n.º 0965/09), 28.03.2012 (Proc. n.º 0236/12) e nos Acórdãos do TCAS de 15.07.2009 (Proc. n.º 05097/09) de 05.07.2012 (Proc. n.º 08931/12), os Tribunais Administrativos têm sido partidários da tese, também

²³⁴ Cfr. JOÃO MIRANDA, “O acesso à informação administrativa não procedimental das entidades privadas” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, FDUL, Coimbra Editora, 2010, p. 444. Em sentido contrário, ver JOÃO CAUPERS, “Sobre o conceito..., *ob. cit.*, p. 9.

preponderante na doutrina²³⁵, de que as Empresas públicas estão genericamente sujeitas à aplicação da LADA, independentemente do facto de a actividade em causa ser ou não prosseguida em contexto concorrencial²³⁶.

Ora, o quadro desenhado preenche o artigo 4.º, n.º 1, alínea d) da LADA que se refere simplesmente à aplicação da presente lei aos “órgãos das empresas públicas”, não fazendo qualquer alusão à qualidade em que tais entidades, em dado momento, actuam.

No domínio da lei anterior (Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto), estava difundida a ideia de que o direito de acesso à informação administrativa se circunscrevia aos documentos e informações emanadas no exercício de funções administrativas ou de poderes de autoridade (embora a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos – CADA -, nos seus pareceres, pugnassem já por solução diversa²³⁷)²³⁸.

À luz da actual LADA, a jurisprudência administrativa tem entendido que as Empresas públicas, mesmo que actuem ao abrigo de normas de Direito Privado, com vista ao cumprimento da missão que lhes é legalmente imposta pelo artigo 4.º do RJSEEEP, estão, ainda que indirectamente a desenvolver uma actividade ou função materialmente

²³⁵ Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Ainda o acesso..., ob. cit., pp. 44, nota 12, 46-54; PEDRO COSTA GONÇALVES, “O direito de acesso à informação detida por empresas do sector público”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 81, Maio/Junho de 2010, p. 8; JOÃO MIRANDA, “O acesso..., ob. cit., pp. 443-450. Em sentido contrário, isto é, defendendo que a informação relativa à actividade desenvolvida pelas Empresas públicas em mercado concorrencial não é objecto de tutela pela LADA, ver JOÃO CAUPERS, “Sobre o conceito..., ob. cit., pp. 9-10; no domínio da legislação antiga, JOSÉ RENATO GONÇALVES, *Acesso à Informação das Entidades Públicas*, Almedina, 2010, pp. 40-42 e 140 e seguintes; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário...*, ob. cit., p. 696. Para um resumo das principais posições da doutrina, da CADA e dos Tribunais Administrativos até 2007, ver MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As Empresas públicas nos Tribunais Administrativos, Contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública*, Almedina, 2007, pp. 209-221.

²³⁶ O argumento de que a sujeição à LADA das Empresas públicas que desenvolvem a sua actividade em mercado aberto seria um elemento de distorção do princípio da igualdade dos agentes económicos (entre nós, defendido sobretudo por José Renato Gonçalves em JOSÉ RENATO GONÇALVES, *Acesso à Informação...*, ob. cit., pp. 40-42 e 140 e seguintes), foi ultrapassado pela doutrina através da prescrição de excepções e restrições ao exercício do direito à informação procedimental, nomeadamente a prevista no n.º 6 do artigo 6.º da LADA que restringe o acesso a documentos administrativos que contenham segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna de uma empresa. Cfr. JOÃO MIRANDA, “O acesso..., ob. cit., pp. 447-448 e 450; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Ainda o acesso..., ob. cit., pp. 47 e 53-54; PEDRO GONÇALVES, “O direito..., ob. cit., pp. 9-10. No mesmo sentido, já se pronunciou o TC no seu acórdão n.º 496/2010, de 15.12.2010 (Proc. n.º 964/09), bem como o STA nos seus Acórdãos de 30.09.2009 (Proc. n.º 493/09 e Proc. n.º 453/09).

²³⁷ A CADA, no seu Parecer n.º 164/2001, de 12 de Setembro de 2001, refere expressamente que “fuga ao direito fuga para o Direito Privado não afasta o carácter público do substracto pessoal e patrimonial dessas entidades e o carácter público da actividade que desempenham”, o que denota bem a presença de preocupações associadas à razão de ser do DAP. Ver ainda os Pareceres da CADA n.º 206/200, de 08 Setembro de 2004, n.º 12/2005, de 12 de Janeiro de 2005, e n.º 258/2007, de 24 de Outubro de 2007.

²³⁸ Para uma análise sobre as orientações da CADA e da doutrina no domínio da Lei 65/93, de 26 de Agosto, ver JOÃO MIRANDA, “O acesso..., ob. cit., pp. 434-437 e ainda o resumo feito no Acórdão do TCAS de 05.07.2012 (Proc. n.º 08931/12).

administrativa, sujeita, por consequência, à LADA²³⁹. Desta forma, contorna-se o disposto no artigo 3.º, n.º 2, alínea b) que exclui do âmbito de aplicação da LADA os “documentos cuja elaboração não releve da actividade administrativa”.

Acresce que, de novo, o legislador prescindiu da diferenciação entre actos de gestão pública e actos de gestão privada, o que significa que em relação a todos eles é tutelado o direito de acesso à informação não procedimental por parte dos cidadãos²⁴⁰. Ou seja, mesmo quando actuam sob a égide do Direito Privado, protagonizando relações jurídico-privadas, as entidades administrativas privadas estão sujeitas à aplicação da LADA, por efeito da sujeição ao DAP. Nesta matéria, o DAP cumpre o objectivo de zelar pela transparência da actuação destas entidades, sendo certo que os deveres de informação previstos no direito societário não são suficientes para assegurar tal propósito²⁴¹.

Nesta sequência, também o segundo núcleo de sujeitos que incluímos no âmbito subjectivo do DAP está abrangido pelo âmbito subjectivo de aplicação da LADA. Falta, por isso, perceber se o mesmo se passa com as entidades particulares com funções administrativas.

c) Entidades particulares com funções administrativas

Quanto às entidades particulares com funções administrativas, poderia, à primeira vista, parecer mais difícil o seu enquadramento no âmbito de aplicação da LADA, graças à sua mais ténue ligação com a esfera administrativa.

Contudo, o facto de exercerem funções administrativas, ainda que o façam a descoberto de quaisquer prerrogativas de autoridade, constitui o elemento de conexão necessário e suficiente para legitimar a aplicação de preceitos de Direito Público.

Por este motivo, o legislador as contemplou no artigo 4.º, n.º 1, alínea g) da LADA, onde colocou, em alternativa, o exercício de funções administrativas e a titularidade de poderes públicos. Deste modo, afastou as dúvidas que se colocavam no domínio da vigência da

²³⁹ Ver, neste sentido, os Acórdãos do STA de 08.07.2009 (Proc. n.º 0451/09), 30.09.2009 (Proc. n.º 0453/09 e Proc. 0493/09), 01.06.2010 (Proc. n.º 0965/09), 28.03.2012 (Proc. n.º 0236/12) e nos Acórdãos do TCAS de 15.07.2009 (Proc. n.º 05097/09) de 05.07.2012 (Proc. n.º 08931/12)

²⁴⁰ Cfr. Parecer da CADA n.º 137/2005, de 29 de Junho de 2005; JOÃO MIRANDA, “O acesso..., *ob. cit.*, pp. 445-446.

²⁴¹ Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As Empresas públicas...*, *ob. cit.*, p. 232; JOÃO MIRANDA, “O acesso..., *ob. cit.*, pp. 449-450.

Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto e que levavam parte da doutrina a restringir a aplicação da referida lei às entidades particulares dotadas de prerrogativas de autoridade.

Mas, tal exigência já não consta da actual redacção da LADA, o que nos permite dizer que as entidades particulares com funções administrativas são sujeitos passivos do direito de acesso à informação não procedimental na estrita medida em que exerçam funções administrativas²⁴², estando, por isso, obrigadas a satisfazer tal direito relativamente aos documentos e informações que digam respeito à função administrativa que exercem.

Isto significa que a LADA não goza, aqui, de uma aplicação indiscriminada, como acontece com as pessoas colectivas públicas sujeitas ao Direito Privado e as entidades administrativas privadas. Torna-se, assim, necessária a presença de uma relação de dependência entre o documento ou informação solicitados e a actividade administrativa exercida pela entidade particular com funções administrativas. Consequentemente, a LADA não se aplica aos demais contextos em que as estas entidades actuam, por não se poderem considerar como documentos administrativos aqueles que não relevam da actividade administrativa (cfr. artigo 3.º, n.º 2, alínea *b*) da LADA).

Sem prejuízo das ressalvas acabadas de referir, também o último grupo de entidades que preenchem o âmbito subjectivo do DAP está incluído no âmbito subjectivo de aplicação da LADA. Do mesmo modo que a sua integração no círculo da Administração Pública se realiza a título funcional, também a sujeição das entidades particulares com funções administrativas à LADA obedece a um critério de integração funcional²⁴³.

Uma vez analisado o direito à informação não procedimental, somos forçados a concluir que aqueles sujeitos passivos também o são no que concerne ao **direito à informação procedimental**, sendo que a imbricação com o âmbito subjectivo do DAP resulta nos mesmos termos.

Entendimento contrário resultaria na conclusão absurda de que a protecção do direito à informação não procedimental é mais forte e mais ampla do que a correspondente à informação procedimental, daí que JOÃO MIRANDA defenda uma *interpretação actualista* do

²⁴² Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, “O direito..., *ob. cit.*, p. 8, nota 18; JOÃO MIRANDA, “O acesso..., *ob. cit.*, pp. 450-452; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Ainda o acesso..., *ob. cit.*, p. 43-44.

²⁴³ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, “O direito..., *ob. cit.*, pp. 8, nota 18, e 9; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Ainda o acesso..., *ob. cit.*, pp. 44.

âmbito subjectivo de aplicação dos artigos 61.º a 64.º do CPA, conjugados com o artigo 2.º do mesmo diploma²⁴⁴.

Após esta análise, a finalização deste ponto carece apenas de mais duas observações: em primeiro lugar, a definição de um conceito de informação/documento administrativa/o que consiga abarcar, o melhor possível, a realidade descrita e, em segundo, a relação entre os sujeitos passivos do direito à informação (em ambas as suas vertentes) e a legitimidade passiva prevista no artigo 10.º do CPTA, para efeitos de recurso à intimação para prestação de informações, consulta de processos e passagem de certidões.

Quanto ao conceito de *informação/documento administrativa/o* o mesmo deve ser entendido como toda a informação ou respectivo suporte (sob a forma escrita, visual, sonora, electrónica ou outra) que esteja na disponibilidade de um órgão ou entidade da Administração Pública em sentido amplo, relativo a todas as dimensões das actividades por si desenvolvidas. Excepcionam-se, porém, as entidades particulares com funções administrativas cuja qualidade de sujeitos passivos do direito à informação depende da presença de uma ligação entre a informação ou documento solicitado e a função administrativa que desempenham.

Finalmente, o artigo 10.º, n.º 1 do CPTA estabelece que “cada acção deve ser proposta contra a outra parte na relação material controvertida”, não restringindo, assim, a legitimidade passiva à subjectivação pública do ente demandado. Acresce que, do ponto de vista substantivo, já explicámos em que termos as pessoas colectivas públicas sujeitas ao Direito Privado, as entidades administrativas privadas e as entidades particulares com funções administrativas se acham subordinadas ao exercício do direito à informação (procedimental e não procedimental), pelo que, concluímos, que todas elas podem ser demandadas nos Tribunais Administrativos, ao abrigo do disposto nos artigos 104.º e seguintes do CPTA.

A somar ao exemplo da responsabilidade civil extracontratual nos termos supra expostos, o direito dos administrados à informação, constitucionalmente previsto no artigo 268.º, n.ºs 1 e 2, consubstancia mais uma dimensão do âmbito material do DAP cuja tutela contenciosa é assegurada pela jurisdição administrativa.

²⁴⁴ Cfr. JOÃO MIRANDA, “O acesso..., *ob. cit.*, pp. 457-458. Em sentido contrário, isto é, restringindo a aplicação do direito à informação procedimental previsto no CPA às empresas públicas que exerçam poderes de autoridade, ver PEDRO GONÇALVES, “O direito..., *ob. cit.*, pp. 6-7.

CAPÍTULO V – Teoria e Prática

1. Direito Administrativo Privado – o conceito

Uma vez percorridos os quatro âmbitos (subjectivo, objectivo, material e processual) que delineamos para melhor compreensão do DAP, cumpre-nos agora fazer um apanhado dos conteúdos por nós expostos.

Começando pelo *âmbito subjectivo*, demonstrámos qual a ligação existente entre concretos processos de privatização e os sujeitos objecto da aplicação do DAP, chegando à conclusão de que aquele se aplica aos seguintes entes:

- a) Pessoas colectivas públicas, sujeitas ao Direito Privado e, nessa medida, objecto de um processo de privatização do direito aplicável;
- b) Pessoas colectivas privadas, sujeitas ao Direito Privado, mas geradas no espaço do sector público para cumprimento de funções administrativas (entidades administrativas privadas), resultantes, assim, de um processo de privatização formal;
- c) Pessoas colectivas privadas, sujeitas ao Direito Privado e geradas no seio do sector privado, mas cuja actividade desenvolvida corresponde ao exercício de funções administrativas (entidades particulares com funções administrativas), estando, por isso, em causa um processo de privatização da gestão ou exploração de tarefas.

No que respeita ao *âmbito objectivo*, discutimos os limites das (eventuais) reservas de Direito Administrativo e de pessoa colectiva pública, por forma a compreender quais as tarefas ou funções, cuja prossecução não pode ser feita através do Direito Privado, seja pelas formas de actuação, seja pelas formas de organização privadas. Neste ponto, chegámos à conclusão de que o DAP tem nos serviços públicos e nas actividades de cariz económico (mesmo as exercidas em contexto de mercado aberto) o seu domínio de aplicação por excelência.

Quanto ao *âmbito material*, dissemos que o DAP compreende a aplicação dos Direitos Fundamentais, em especial, os Direitos Fundamentais dos administrados, previstos nos artigos 267.º, n.ºs 1 e 5 e 268.º, n.ºs 1, 2 e 3 da CRP (v.g., direito à informação e direito à fundamentação das decisões) e os princípios gerais da actividade administrativa, previstos no artigo 266.º da CRP (v.g., princípios da igualdade, proporcionalidade, justiça e boa fé).

Finalmente, no que tange ao *âmbito processual*, começamos por qualificar as relações jurídicas encetadas ao abrigo do DAP como relações jurídico-privadas. Embora o carácter privado da relação jurídica em causa não seja, por si só, um factor de exclusão da competência dos Tribunais Administrativos para dirimir os litígios dela emergentes, fomos levados a concluir, à luz da actual legislação sobre organização judiciária, que os Tribunais Judiciais são os tribunais competentes para apreciar e julgar questões que reclamem a aplicação no DAP. Contudo, apontámos duas situações em que a competência pertence aos Tribunais Administrativos: por um lado, no domínio das acções de responsabilidade civil extracontratual por actos e omissões praticados pelas pessoas colectivas públicas sujeitas ao Direito Privado e, por outro, no quadro da intimação para prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões (neste último caso, estão abrangidos todos os sujeitos passivos do DAP).

Recapitulando e lançando mão de uma fórmula já utilizada neste estudo, diríamos que o DAP é compreendido por um *conjunto de normas relativas aos Direitos Fundamentais e aos princípios gerais da actividade administrativa, aplicáveis quando esteja em causa a prossecução de funções administrativas ao abrigo do Direito Privado, por entidades que actuam, em concreto, desprovidas de poderes públicos*.

2. Exercício prático - análise do Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do STA de 20.05.2010 (Proc. n.º 01113/09)

No âmbito da discussão em torno da jurisdição competente para aferir da aplicação de preceitos de DAP, mostra-se de todo o interesse apresentar e analisar, ainda que de forma sintética, o Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do STA de 20.05.2010 (Proc. n.º 01113/09)²⁴⁵, que contou com cinco votos de vencido.

O litígio subjacente ao referido acórdão resume-se à questão de saber se o Conselho de Administração de uma Empresa pública (organizada sob a forma de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos) tem, na determinação de uma pena disciplinar a aplicar a

²⁴⁵ Este acórdão já foi objecto de comentário por Pedro Gonçalves, tendo o Autor focado a sua análise no problema da natureza jurídica das sociedades de capitais exclusiva ou predominantemente públicos. Todavia, a nossa abordagem passará por outros pontos, pelo que remetemos para o mencionado comentário a análise daquele ponto. Cfr. PEDRO GONÇALVES, “Natureza jurídica das sociedades de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos – Acórdão do STA de 20.5.2010, P. 1113/09” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 84, Novembro/Dezembro de 2010, pp. 14-31.

uma funcionária, que deliberar por escrutínio secreto, dando, assim, cumprimento ao preceituado no artigo 24.º, n.º 2 do CPA.

O entendimento que fez vencimento no acórdão respondeu afirmativamente à interrogação colocada, através das seguintes premissas: (i) os órgãos das sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos são órgãos da Administração Pública, nos termos do artigo 2.º, n.º 2, alínea b) do CPA, quando exerçam prerrogativas de autoridade; (ii) o poder disciplinar corresponde ao exercício do chamado *ius imperii*; (iii) como tal, o acto administrativo de punição disciplinar de uma funcionária obedece à disciplina do CPA, nomeadamente quanto ao estatuído no seu artigo 24.º, n.º 2; (iv) a índole pública do problema em causa justifica que os Tribunais Administrativos detenham competência *ratione materiae* para o conhecimento da acção dos autos.

Todavia, rebatendo tais argumentos, parte dos Conselheiros que votaram vencidos esclarecem que a actividade desenvolvida pelas empresas públicas se rege pelo Direito Privado (cfr. artigo 7.º, n.º 1 do RJSEEEP). Na medida em que estão integradas na administração indirecta do Estado, são-lhes aplicáveis normas de Direito Público, de acordo com o que “decorre da teoria do Direito Administrativo Privado”.

Nesta linha, a submissão das empresas públicas a regras de Direito Administrativo “não converte os seus órgãos em órgãos da administração” (ainda que no exercício de prerrogativas de autoridade), sem prejuízo da sua vinculação aos princípios e normas administrativos de cariz fundamental (cfr. artigo 2.º, n.º 5 do CPA).

Por outro lado, embora o problema da competência da jurisdição administrativa não tenha sido suscitado nos autos, a questão é levantada, mas não tratada, num dos votos de vencido.

Isto posto, analisemos o acórdão, à luz da dogmática do DAP que almejámos construir no presente estudo.

a) Âmbito subjectivo

No caso concreto que subjaz ao acórdão em comentário, está envolvida uma Empresa pública, em particular, a APSS – Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra, S.A..

Trata-se de uma sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos²⁴⁶ e, por isso, uma Empresa pública *tout court*, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, alínea *a*) do RJSEEEP.

Na realidade, a APSS, S.A. resultou de um processo de privatização formal: o Decreto-Lei n.º 338/98, de 3 de Novembro procedeu à transformação da anterior *Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra* - um instituto público dotado de personalidade jurídica de direito público e de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, cujo estatuto orgânico foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 376/89, de 25 de Outubro - na mencionada sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos.

Por conseguinte, a APSS, S.A. é uma pessoa colectiva formalmente privada que se rege pelas normas aplicáveis às sociedades anónimas, ou melhor, pelo *Direito Societário Administrativo* (cfr. artigo 1.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 338/98, de 3 de Novembro).

Neste contexto e à semelhança das demais Empresas públicas *tout court*, a APSS, S.A. consubstancia uma entidade administrativa privada e integra o conceito de Administração Pública em sentido estrito. Nessa medida e pelas razões aduzidas em local próprio neste estudo, a APSS, S.A. está compreendida no âmbito subjectivo de aplicação do DAP.

b) Âmbito objectivo

Nos termos do artigo 3.º dos seus Estatutos, a APSS, S.A. tem por objecto a administração dos portos de Setúbal e Sesimbra, visando a sua exploração económica, conservação e desenvolvimento e abrangendo o exercício das competências e prerrogativas de autoridade portuária que lhe estejam ou venham a estar cometidas.

A actividade de exploração de portos marítimos foi, até 1997, uma actividade económica vedada a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza (cfr. artigo 4.º, alínea *h*) da Lei n.º 46/77, de 8 de Julho revogada pelo artigo 5.º da Lei n.º 88-A/97, de 25 de Julho). Actualmente, trata-se de uma actividade que, inclusive, pode ser concessionada (cfr. artigo 1.º, n.º 1, alínea *d*) da Lei n.º 88-A/97, de 25 de Julho).

Enquanto actividade de exploração de vias de comunicação, estamos aqui na presença de um serviço público. Como tivemos oportunidade de referir, os serviços públicos são o domínio, por excelência, de aplicação do DAP.

²⁴⁶ Cfr. Artigo 1.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 338/98, de 3 de Novembro, sucessivamente alterado pelo Decreto-Lei n.º 334/2001, de 24 de Dezembro e pelo Decreto-Lei n.º 46/2002, de 2 de Março e artigo 1.º, n.º 1 dos Estatutos da APSS,S.A., publicados em anexo àquele diploma.

Note-se, contudo, que a APSS, S.A., por disposição expressa da lei, pode ser titular de prerrogativas de autoridade, porquanto a sua actuação no exercício de tais prerrogativas rege-se por normas de Direito Público (cfr. artigo 1.º, n.º 3 Decreto-Lei n.º 338/98, de 3 de Novembro)²⁴⁷.

Face ao exposto, concluímos que a actividade desenvolvida pela APSS, S.A. é, em parte, subsumível ao âmbito objectivo de aplicação do DAP.

Veja-se, porém, que o problema que está na base do acórdão em análise não diz respeito ao exercício de uma função administrativa, em concreto, da exploração e gestão de um porto marítimo. Antes está em causa uma relação de emprego público, porque, por determinação da lei, os anteriores trabalhadores do então instituto público transitaram para a nova empresa pública, mantendo a anterior situação jurídico-profissional, incluindo a natureza do vínculo²⁴⁸.

Nessa medida, é-lhes aplicável, em matéria disciplinar, o Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas (Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro), o que já não acontece com os restantes trabalhadores aos quais passa a ser aplicável o regime jurídico do contrato individual de trabalho²⁴⁹.

De todo o modo, não estando em causa o exercício de uma actividade ou função administrativa, não haveria lugar à aplicação do DAP. Neste caso, a APSS, S.A. vê-se colocada na posição de entidade empregadora e não de prestadora de um serviço público, pelo que o caso *sub judice* não reclamaria a aplicação do DAP, ainda que estivesse em causa uma relação laboral privada.

c) Âmbito material

No caso dos autos em apreciação, discute-se a aplicação do artigo 24.º, n.º 2 do CPA, isto é, a necessidade de deliberação por escrutínio secreto da determinação da pena disciplinar a aplicar a uma funcionária.

²⁴⁷ Pedro Gonçalves mostra-se crítico quanto à opção privatizadora das actividades de exploração e gestão portuária, na medida em que “tratando-se de entidades que se dedicam à execução de funções essencialmente autoritárias (de regulação e de gestão dominial), a sua actividade ficará, por isso, genericamente sujeita ao direito administrativo”. Cfr. PEDRO GONÇALVES, “Natureza jurídica..., *ob. cit.*, p. 30. Ver, no mesmo sentido, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, *ob. cit.*, p. 68.

²⁴⁸ Cfr. Artigo 16.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 338/98, de 3 de Novembro e artigo 1.º do Estatuto de Pessoal das Administrações Portuárias (Decreto-Lei n.º 421/99, de 21 de Outubro).

²⁴⁹ Cfr. Artigo 23.º, n.ºs 1 e 2 do Estatuto de Pessoal das Administrações Portuárias.

Na verdade, os artigos 13.º e seguintes do CPA, que congregam um conjunto de normas relativas aos órgãos colegiais da Administração Pública, não fazem parte do âmbito material do DAP²⁵⁰.

Todavia, como já fizemos referência, estamos perante uma relação de emprego público, sujeita a aplicação de diplomas públicos, pese embora a entidade empregadora se tenha convertido numa empresa pública *tout court*. Esta situação somente é possível graças à permanência do vínculo público dos trabalhadores que transitaram do anterior instituto público que entretanto deu lugar à APSS, S.A.

Ora, esta conjugação de factores torna bastante complexa a tarefa de perceber de que forma se conjugam, por um lado, o CSC enquanto direito aplicável ao funcionamento dos órgãos estatutários de uma empresa pública e, por outro, a legislação relativa ao emprego público.

PEDRO GONÇALVES soluciona o problema colocado, distinguindo, no procedimento de tomada da deliberação pela qual o Conselho de Administração da APSS, S.A. decidiu punir disciplinarmente uma funcionária, dois momentos: em primeiro lugar, destaca o *momento da formação da vontade*, ao qual é aplicável o disposto no CSC e, em segundo lugar, autonomiza o *momento da formação do acto* que obedece aos preceitos de Direito Administrativo aplicáveis²⁵¹.

d) Âmbito processual

No caso *sub judice*, a jurisdição competente para apreciar este litígio é a jurisdição administrativa, à luz do preceituado no artigo 4.º, n.º 1, alínea *a*) do ETAF, uma vez que está em causa a tutela de direito e interesses legalmente protegidos de um particular directamente fundados em normas de Direito Administrativo.

O acto de aplicação da pena disciplinar consubstancia um acto materialmente administrativo, impugnável nos termos do artigo 51.º, n.º 2 do CPTA. Como refere PEDRO GONÇALVES, a “prática de actos públicos por entidades privadas no domínio das relações de

²⁵⁰ Pedro Gonçalves é de opinião de que os artigos 13.º e seguintes do CPA não se aplicam a entidades privadas, mesmo no exercício de prerrogativas de autoridade. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, *ob. cit.*, p. 1048.

²⁵¹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, “Natureza jurídica...”, *ob. cit.*, p. 31.

emprego apresenta-se normal quando se trate de entidades criadas por transformação de anteriores entidades públicas”²⁵².

e) Apreciação

O Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do STA de 20.05.2010 (Proc. n.º 01113/09) que ousamos comentar, por ter sido dos poucos, senão o único, em que encontrámos uma referência ao DAP, procura resolver o problema de saber se o artigo 24.º, n.º 2 do CPA (epigrafiado de “forma de votação”) se aplica à tomada de uma deliberação por parte do Conselho de Administração da APSS, S.A. através do qual foi aplicada uma pena disciplinar a uma funcionária. Funcionária essa cujo vínculo laboral manteve o carácter público, não obstante a transformação do anterior instituto público numa empresa pública *tout court*.

Foi precisamente o facto de o vínculo laboral em causa ser de natureza pública que determinou a aplicação, a título principal, do Direito Administrativo, mormente direito do emprego público.

Mas, por um lado, não andou bem o STA, na posição que fez vencimento, por ter misturado os momentos da “formação da vontade” e da “formação do acto” e, em consequência, ter feito aplicar ao acto punitivo o disposto no artigo 24.º, n.º 2 do CPA, sendo que, à luz do referido, o primeiro momento obedece aos termos preceituados no CSC.

Por outro lado, a posição vertida no primeiro voto de vencido também não é de sufragar, já que pugnou pela aplicação do DAP ao litígio em julgamento. Como explicámos supra, a APSS, S.A. não se encontrava no exercício de uma função administrativa mas antes na posição de empregador, o que, desde logo, afasta a aplicação do DAP.

O mesmo já não sucederia se estivesse em causa um litígio ocorrido entre a APSS, S.A. e um particular, colocado na posição de administrado. Nesta situação hipotética, a APSS, S.A. (entidade administrativa privada), no exercício da função administrativa de que está incumbida e que desenvolve sob a forma jurídica privada e ao abrigo do Direito Privado, estaria sujeita à aplicação do DAP e, em consequência, à jurisdição dos Tribunais Judiciais (a menos que o problema suscitado dissesse respeito ao exercício dos direitos à informação procedimental e não procedimental, situação em que a jurisdição competente seria a administrativa).

²⁵² Cfr. PEDRO GONÇALVES, “Natureza jurídica..., *ob. cit.* , p. 30, nota 36.

CONCLUSÕES

Na elaboração da presente tese de Mestrado moveu-nos o objecto de compreender este direito *suis generis* que toma a designação de *Direito Administrativo Privado*. Começámos, por isso, por enquadrá-lo no seio do Direito Administrativo, graças à natureza público-administrativa dos preceitos que o integram, bem como à natureza administrativa das funções exercidas pelos entes a que se aplica, a par do intuito que persegue: salvaguarda dos direitos e interesses dos administrados.

No ordenamento jurídico português, as referências ao DAP são genericamente associadas aos diferentes fenómenos de privatização ocorridos nos últimos anos e à necessidade de mediar a aplicação, por vezes conflituante, entre o Direito Privado e o Direito Público Administrativo. Acresce que a razão de ser do DAP está invariavelmente ligada à necessidade salvaguarda de um núcleo de direitos e interesses dos cidadãos administrados, frente a uma Administração que actua e se organiza sob os desígnios do Direito Privado. Assim, demonstrámos que a Administração Pública, independentemente do direito que aplica e da forma que assume, não se comporta como se de um mero particular se tratasse.

Mas, para alcançar o objectivo pretendido colocámos em cima da mesa quatro questões.

Em primeiro lugar, interrogámo-nos sobre *quem* ou *que entidades* estão sujeitas ao DAP e concluímos que estão compreendidas no âmbito subjectivo daquele (i) as pessoas colectivas públicas, sujeitas ao Direito Privado e, nessa medida, objecto de um processo de privatização do direito aplicável; (ii) as pessoas colectivas privadas, sujeitas ao Direito Privado, mas geradas no espaço do sector público para cumprimento de funções administrativas (entidades administrativas privadas), resultantes, assim, de um processo de privatização formal; (iii) e as pessoas colectivas privadas, sujeitas ao Direito Privado e geradas no seio do sector privado, mas cuja actividade desenvolvida corresponde ao exercício de funções administrativas (entidades particulares com funções administrativas), estando, por isso, em causa um processo de privatização da gestão ou exploração de tarefas.

Em segundo lugar, perguntámo-nos *a que actividades ou funções* se aplica o DAP, para, desta forma, preenchermos o âmbito objectivo do conceito. Neste ponto, percebemos que o elemento essencial são as funções administrativas não reservadas, pela Constituição, à aplicação do Direito Administrativo e à forma de pessoa colectiva público, porquanto o DAP

se aplica, por excelência, no domínio dos serviços públicos e das actividades de cariz económico (mesmo as exercidas em contexto de mercado aberto).

Em terceiro lugar, impõe-se perceber *o quê*, ou seja, que princípios e normas estão compreendidos no DAP. Ora, a resposta a esta questão permitiu-nos preencher o âmbito material do DAP com os preceitos relativos aos Direitos Fundamentais, com especial destaque para os Direitos Fundamentais dos administrados, e aos princípios gerais da actividade administrativa, sem esquecer o papel do princípio da constitucionalidade.

Finalmente, restava esclarecer qual a jurisdição competente para aferir da aplicação do DAP e, portanto, para dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas (privadas) encetadas ao abrigo do DAP. De acordo com a actual distribuição de competências entre a jurisdição dos Tribunais Judiciais e a dos Tribunais Administrativos, concluímos que cabe aos primeiros apreciar e julgar os litígios de que cuidamos. Excepcionam-se, porém, as hipóteses associadas às acções de responsabilidade civil extracontratual (por actos e omissões praticados pelas pessoas colectivas públicas sujeitas ao Direito Privado) e à Intimação para prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões, cuja competência para apreciação e julgamento cabe aos Tribunais Administrativos.

Com efeito e em jeito de síntese, DAP é ainda um Direito Administrativo compreendido por um *conjunto de normas relativas aos Direitos Fundamentais e aos princípios gerais da actividade administrativa, aplicáveis quando esteja em causa a prossecução de funções administrativas ao abrigo do Direito Privado, por entidades que actuam, em concreto, desprovidas de poderes públicos.*

BIBLIOGRAFIA

- **ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE,**
 - *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, 2010;
 - “Os direitos fundamentais dos administrados após a Revisão Constitucional de 1989” in *Direito e Justiça*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Vol. VI, 1992, pp. 287-326;
- **ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE / CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES,** *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.^a ed. Revista, Almedina, 2010;
- **AMARAL, DIOGO FREITAS DO,**
 - *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, reimpressão da 3.^a Ed., Almedina, Lisboa, 2012;
 - *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, reimpressão da 2.^a Ed., Almedina, Lisboa, 2013;
 - “Direitos Fundamentais dos Administrados” in *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa, 1986, pp. 11-28;
 - “O princípio da justiça no artigo 266.º da Constituição”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, STVDIA IVRIDICA 61, BFDUC, Coimbra Editora, 2001, pp. 685-704;
- **AMORIM, JOÃO PACHECO DE,** “A instrução do procedimento: pareceres vinculativos e audiência dos interessados no Código do Procedimento Administrativo” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 82, Julho/Agosto de 2010, pp. 23-31;
- **ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE,**
 - *Lições de Direito Administrativo*, 2.^a Ed., IUC, Coimbra, 2011;
 - *A Justiça Administrativa (Lições)*, 11.^a Edição, Almedina, 2011;
 - *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.^a Edição, Almedina, 2012;
 - “Interesse Público” in *DJAP*, Vol. V, Lisboa, 1193, pp. 275-282;
 - *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*, Almedina, Coimbra, 1992;
- **ANTUNES, LUÍS FILIPE COLAÇO,** *A teoria do acto e a justiça administrativa: o novo contrato natural*, Almedina, Coimbra, 2006;

- **ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA**, *Direito Civil Teoria Geral*, Vol. I, *Introdução, As Pessoas, Os Bens*, 2.^a Ed., Coimbra Editora, 2000;
- **CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES**,
 - “Responsabilidade civil dos concessionários de auto-estradas – Acórdão do TCA Norte de 6.5.2010, P. 1566/08.2BEBRG” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 92, Março/Abril de 2012, pp. 32-48;
 - *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado*, Coimbra Editora, 2008;
 - “Intimações” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 16, Julho/Agosto de 1999, pp. 62-66;
- **CAETANO, MARCELLO**, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, *Introdução, Organização Administrativa, Actos e Contratos Administrativos*, 10.^a Ed., 2.^a Reimp., Almedina, Coimbra, 1982;
- **CANOTILHO, J.J. GOMES**:
 - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Reimpressão da 7.^a Edição de 2003, Almedina, 2013;
 - “O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, STVDIA IVRIDICA 61, BFDUC, Coimbra Editora, 2001, pp. 705-722;
- **CANOTILHO, J.J. GOMES / MOREIRA, VITAL**,
 - *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1.º a 107.º*, Vol. I, 4.^a Ed., Coimbra Editora, 2007;
 - *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 108.º a 296.º*, Vol. II, 4.^a Ed., Coimbra Editora, 2010;
- **CASSESE, SABINO**, *Las Bases del Derecho Administrativo*, Traducción de Luis Ortega, Instituto Nacional de Administracion Publica, Madrid, 1994;
- **CAUPERS, JOÃO**:
 - “Sobre o conceito de documento administrativo” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 75, Maio/Junho de 2009, pp. 3-10;
 - “As Fundações e as Associações Públicas de Direito Privado”, in *Os caminhos da privatização da Administração Pública*, STVDIA IVRIDICA 60, BFDUC, Coimbra Editora, 2001, pp. 323-332;

- **CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES**, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, Tomo III, *Pessoas*, 2.^a Ed., Almedina, 2007;
- **CORREIA, JOSÉ MANUEL SÉRVULO**,
 - *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987;
 - “Os contratos económicos perante a Constituição”, in *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa, 1986, pp. 95-111;
 - “Os princípios constitucionais da Administração Pública”, in *Estudos Sobre a Constituição*, Coordenação de Jorge Miranda, Vol. III, 1997, pp. 661-688;
- **ENTERRÍA, EDUARDO GARCÍA DE / FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN**, *Curso de Derecho Administrativo I*, Decimoquinta Edición, Civitas, 2011;
- **ESTORNINHO, MARIA JOÃO**, *A fuga para o Direito Privado, Contributo para o estudo da actividade de Direito Privado da Administração Pública*, 2.^a reimpressão, Almedina, Lisboa, 2009;
- **FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN**, “Las transformaciones del Derecho Administrativo a resultas de las privatizaciones” in *Os caminhos da privatização da Administração Pública*, STVDIA IVRIDICA 60, BFDUC, Coimbra Editora, 2001, pp. 333-344;
- **FREITAS, JOSÉ LEBRE DE / PINTO, RUI / REDINHA, JOÃO**, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, 2.^a Ed., Coimbra Editora, 2008;
- **GARCIA, MARIA DA GLÓRIA**, “As transformações do Direito Administrativo na utilização do Direito Privado pela Administração Pública – reflexões sobre o lugar do Direito no Estado”, STVDIA IVRIDICA 60, BFDUC, Coimbra Editora, 2001, pp. 345-359;
- **GOMES, CARLA AMADO / RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS**, “Topicamente – e a quatro mãos...- sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas” in *Revista de Direito Público e Regulação*, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, n.º 5, Março de 2010, p. 3-26;
- **GONÇALVES, JOSÉ RENATO**, *Acesso à Informação das Entidades Públicas*, Almedina, 2010;
- **GONÇALVES, PEDRO**:
 - “Natureza jurídica das sociedades de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos – Acórdão do STA de 20.5.2010, P. 1113/09” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 84, Novembro/Dezembro de 2010, pp. 14-31;

- “O direito de acesso à informação detida por empresas do sector público”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 81, Maio/Junho de 2010, pp. 3-11;
- *Entidades Privadas com Poderes Públicos, O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, reimpressão da edição de Outubro/2005, Almedina, 2008;
- “Direito Administrativo da Regulação” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, no Centenário do seu Nascimento*, Vol. II, FDUL, Coimbra Editora, 2006, pp. 535-573;
- “Entidades privadas com poderes administrativos” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, Julho/Agosto 2006, pp. 50-59;
- “Notificação dos actos administrativos (notas sobre a génese, âmbito, sentido e consequências de uma imposição constitucional”, in *AB VNO AD OMNES, 75 anos da Coimbra Editora 1920-1995*, Coimbra Editora, 1998, pp. 1091-1121;
- **IBÁÑEZ, SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS:**
 - “Claves del nuevo Derecho administrativo económico” in *Revista Española de Derecho Administrativo*, Julio-Septiembre 2007, n.º 135, Civitas, pp. 423-434;
 - *El Derecho Administrativo Privado*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1996;
- **MARTÍN, EDUARDO ORTEGA**, “El control judicial de la actividade de la administración pública y la competência jurisdiccional (Extinsión y limites de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ante el fenómeno de la creciente utilización del Derecho privado por las Administraciones públicas” in *Seminário sobre Derecho Público y Derecho Privado en la actuación de la Administración Pública, Barcelona, 7 de mayo de 1997*, Institut d’Estudies Autònoms, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Socieales, S.A., Madrid, 1999, pp. 87-113;
- **MARTÍN-RETORTILLO, SEBASTIÁN**, “Sentido y formas de la privatización de la Administración Pública” in *Os caminhos da privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, STVDIA IVRIDICA 60, BFDUC, Coimbra Editora, 2001, pp. 19-30;
- **MARTINEZ, JOSEFA CANTERO**, “A vueltas com el ejercicio de potestades públicas y su ejercicio por los particulares. Nuevos retos para el Derecho Administrativo”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, Julio-Septiembre 2011, n.º 151, Civitas, pp. 629-649;

- **MIRANDA, JOÃO**, “O acesso à informação administrativa não procedimental das entidades privadas” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, FDUL, Coimbra Editora, 2010;
- **MIRANDA, JORGE**, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, *Direitos Fundamentais*, 5.^a Edição, Coimbra Editora, 2012;
- **MIRANDA, JORGE/MEDEIROS, RUI**:
 - *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, *Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º*, 2.^a Ed., Coimbra Editora, 2010;
 - *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, *Organização do Poder Político, Garantia e Revisão da Constituição, Disposições finais e transitórias, Artigos 202.º a 296.º*, Coimbra Editora, 2007;
- **MONCADA, LUÍS CABRAL DE**:
 - *Manual Elementar de Direito Público da Economia e da Regulação, Uma Perspetiva Luso-Brasileira*, Almedina, 2012;
 - *A relação jurídica administrativa: para um novo paradigma de compreensão da actividade, da organização e do contencioso administrativo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009;
- **MOREIRA, VITAL**:
 - *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997;
 - “Constituição e direito administrativo (A «constituição administrativa» portuguesa)” in *AB VNO AD OMNES, 75 anos da Coimbra Editora 1920-1995*, Coimbra Editora, 1998, pp. 1141-1166;
- **OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE / GONÇALVES, PEDRO COSTA / AMORIM, J. PACHECO DE**, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.^a Ed. (7.^a reimpressão da edição de 1997), Almedina, 2007;
- **OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE / OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE**, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos Anotado*, Vol. I, *Artigos 1.º a 96.º e Estatuto dos Tribunais Administrativos*, Almedina, Coimbra, 2006;
- **OTERO, PAULO**,
 - *Legalidade e Administração Pública, O sentido da vinculação administrativa à jurisdição*, 2.^a Reimpressão da edição de Maio/2003, Almedina, 2011;

- “Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública” in *Os caminhos da privatização da Administração Pública*, STVDIA IVRIDICA 60, BFDUC, Coimbra Editora, 2001, pp. 31-57;
- *Privatizações, Reprivatizações e Transferências de Participações Sociais no Interior do Sector Público*, Coimbra Editora, 1999;
- *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra Editora, 1998;
- *O poder de substituição em Direito Administrativo, Enquadramento dogmático-constitucional*, Vol. I, *Dissertação de Doutoramento*, Lex Lisboa, 1995;
- **PIRES, MIGUEL LUCAS**, “Regime Jurídico Aplicável às Fundações de Direito Privado e Utilidade Pública”, *Publicações CEDIPRE Online* – 7, <http://cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, Maio de 2011;
- **RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS**:
 - “Ainda o acesso à informação detida por empresas públicas – Acórdão do STA (1.^a Secção) de 30.5.2013, P. 263/12” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 98, Março/Abril de 2013, pp. 37-54;
 - “Responsabilidade das entidades privadas submetidas ao regime da responsabilidade pública” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 88, Julho/Agosto de 2011, pp. 23-36;
 - *As Empresas públicas nos Tribunais Administrativos, Contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública*, Almedina, 2007;
- **RANGEL, PAULO CASTRO**, *Reserva de Jurisdição, Sentido dogmático e sentido jurisprudencial*, Universidade Católica Portuguesa - Editora, Porto, 1997;
- **REIGADA, ANTONIO TRONCOSO**, *Privatización, Empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997;
- **REIS, ALBERTO DOS**, *Clássicos Jurídicos – Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, 3.^a Ed. 1948, Coimbra Editora, 2004;
- **SÁNCHEZ, PEDRO FERNÁNDEZ**, *Os Parâmetros de Controlo da Privatização Administrativa, Instrumentos de Fiscalização Judicial da Decisão Jurídico-Pública de Privatização*, Almedina, 2009;

- **SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS/ GONÇALVES, MARIA EDUARDA/ MARQUES, MARIA MANUEL LEITÃO**, *Direito Económico*, 5.^a Ed. Revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2008;
- **SILVA, JOÃO NUNO CALVÃO DA**, *Mercado e Estado, Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, 2008;
- **SILVA, VASCO PEREIRA DA**:
 - *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, Coimbra, 1996;
 - “A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXIX (II da 2.^a Série), n.º 2, Almedina, Abril-Junho de 1987, pp. 259 ss.
- **SOARES, ROGÉRIO EHRHARDT**:
 - *Direito Administrativo*, Lições proferidas ao Curso de Direito da Universidade Católica do Porto, s.d., hoje objecto de publicação em livro pela Associação Académica da Universidade Lusíada, Porto, 1992;
 - “Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva” in BFDC, Vol. LVII, Coimbra, 1981, pp. 169-191;
- **SOUSA, MARCELO REBELO DE / MATOS, ANDRÉ SALGADO DE**, *Direito Administrativo Geral, Actividade Administrativa*, Tomo III, 2.^a Ed., Lisboa, 2009.